

Mai 2023

Bedarf und Möglichkeit der Modernisierung und ökologischen Ausrichtung des deutschen Bergrechts

***Gutachten
von Dirk Teßmer***

***Auftraggeberin:
Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
im Brandenburger Landtag***



Impressum

Dirk Teßmer | Rechtsanwälte Philipp-Gerlach · Teßmer
Niddastraße 74
60329 Frankfurt am Main

Gutachten für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
im Brandenburger Landtag

Herausgeberin:
Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
im Brandenburger Landtag
Alter Markt 1
14467 Potsdam
Tel. 0332-966 1700
Fax 0331-966 1702
info@gruene-fraktion.brandenburg.de
www.gruene-fraktion-brandenburg.de

Potsdam, Mai 2023

Diese Publikation enthält Informationen über die parlamentarische Arbeit der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag und ist nicht zum Zweck der Wahlwerbung bestimmt.

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autoren.

Bedarf und Möglichkeit der Modernisierung und ökologischen Ausrichtung des deutschen Bergrechts

Ergebnisse gutachterlicher Überprüfung und Wiedergabe sowie Weiterentwicklung von Handlungsvorschlägen vorliegender Reformvorschläge

bearbeitet von Rechtsanwalt Dirk Teßmer

im Auftrag der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag

1. Aufgabenstellung und Vorbemerkung

Im Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP zur Bildung einer Bundesregierung für die 20. Legislaturperiode - „Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“ - ist auf Seite 34 unter der Überschrift „Rohstoffe, Lieferketten und Freihandel“ ausgeführt:

„Wir wollen unsere Wirtschaft bei der Sicherung einer nachhaltigen Rohstoffversorgung unterstützen, den heimischen Rohstoffabbau erleichtern und ökologisch ausrichten. Wir wollen das Bundesbergrecht modernisieren.“

Seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz wird zu diesem Zwecke seit dem Frühjahr 2022 eine Eruiierung von wünschenswerten Änderungen betrieben. Hierzu wurden und werden weiterhin Fachgespräche mit Vertretern der Wissenschaft und Praxis sowie Austausche mit Interessensgruppen betrieben. Von diesen sollen Gedanken und Anregungen zur Modernisierung des Bergrechts abgefragt werden.

Die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im Brandenburger Landtag hat uns gebeten, mit Blick auf eine ökologische Ausrichtung und Berücksichtigung von Aspekten der Nachhaltigkeit die Rechtslage und deren Entwicklung in der einschlägigen Rechtsprechung sowie den Stand der Diskussionen in Wissenschaft und Praxis betreffend einen Bedarf zur Vornahme von diesbzgl. Änderungen des Bergrechts darzustellen.

Der Unterzeichner ist zusammen mit Prof. Dr. iur. Thomas Schomerus und Prof. Dr. Joachim Sanden an dem federführend vom Öko-Institut e.V. (Bearbeitung: Friedhelm Keymeier, Dr. Peter Gailhofer, Ida Westphal) im Auftrag des Umweltbundesamtes durchgeführten Forschungsvorhabens „*Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung – INSTRO*“ beteiligt gewesen.¹ Die vorliegende Zusammenfassung der Darstellung der Rechtslage sowie des Bedarfs und der Möglichkeiten einer Modernisierung und ökologischen Ausrichtung des deutschen Bergrechts beruht auf diesem Forschungsbericht und gibt partiell die dortigen Erkenntnisse wieder sowie entwickelt die dortigen Ergebnisse und Ansätze fort.

¹ <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/recht-der-rohstoffgewinnung-reformbausteine-fuer;>
<https://www.bmu.de/download/instrumente-zur-umweltvertraeglichen-steuerung-der-rohstoffgewinnung-instro>

2. Einführung²

Das Bundesberggesetz (BBergG) stammt aus einer Zeit, in der das Wirtschaftsverwaltungsrecht noch in besonderer Weise (isoliert) an die Bedürfnisse der Förderung des von den gesetzlichen Regelungen erfassten Wirtschaftszweiges ausgerichtet war. Der Bundesgesetzgeber hat sich beim Entwurf des BBergG Ende der 70er Jahre und auch bei den (relativ geringen) Änderungen des Gesetzes, die seit dessen ursprünglicher Inkraftsetzung vorgenommen wurden, ersichtlich davon leiten lassen, die Durchführung bergbaulicher Tätigkeiten möglichst wenig zu behindern, sondern vielmehr zu forcieren. Der Fokus auf die Ermöglichung von Bergbautätigkeiten und die Rohstoffsicherung des Bergrechts äußert sich in den Regelungen zum Zweck des Gesetzes, der sogenannten Rohstoffsicherungsklausel, der Verschaffung von - vom Grundeigentum getrennten - Rechten an Bodenschätzen und insbesondere in den Vorschriften zur Zulassung von Betriebsplänen.

Bergbaubedingten nachteiligen Auswirkungen und Schädigungen Dritter werden im Gesetz nur in geringem Maße Beteiligungs- und Abwehrrechte entgegengestellt, sondern stattdessen soll ein Ausgleich zuvörderst in monetärer Hinsicht erfolgen. Belange des Umweltschutzes waren im ursprünglichen Wortlaut des BBergG gar nicht erwähnt und finden sich auch heute noch nur sehr partiell im Gesetzestext – nämlich lediglich im Hinblick auf die Integration der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in das Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren.

Die Fortentwicklung des BBergG und dessen Anpassung an geänderte Verständnisse zum Grundrechts- und Umweltschutz sowie einer nachhaltigen Entwicklung erfolgten in der Vergangenheit vor allem durch die Rechtsprechung und durch den Gesetzgeber nur in Reaktion auf sich aus der Rechtsprechung ergebendem Änderungsbedarf bzw. sowie zur Umsetzung zwingender Vorgaben aus europarechtlichen Verpflichtungen. Die jahrzehntelange Rechtsfortbildung kulminierte in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu bergrechtlichen Bescheiden über den Tagebau Garzweiler II.³ Mit Urteil vom 17.12.2013 wurde einerseits eine konkrete bergrechtliche Grundabtretung (= Enteignung) für verfassungswidrig befunden sowie andererseits eine Verfassungsbeschwerde gegen die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans im Ergebnis abgewiesen, wengleich Defizite bei der Öffentlichkeitsbeteiligung und des Rechtsschutzes im BBergG festgestellt wurden.

Die Berücksichtigung der Belange des Schutzes von Natur und Umwelt sowie bergbaubetroffener Menschen erfolgt ggw. nur über die recht allgemein formulierte

² Siehe auch INSTRO-Forschungsbericht, S. 18 ff.

³ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, juris (Garzweiler II).

Regelung des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG im Rahmen der Entscheidung über die Genehmigung der Durchführung bergbaulicher Vorhaben. Danach *„kann, unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung oder Untersagung zu erfolgen hat, sind bei raumbedeutsamen Vorhaben Ziele der Raumordnung zu beachten. (...)“*.

Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, die gesetzlichen Vorgaben zur bergrechtlichen Genehmigung neu zu regeln und im Zuge dessen festzuschreiben, bei welchen Interessenlagen und Betroffenheit Vorhaben des Abbaus von Rohstoffen durchgeführt werden können bzw. in welchen Fällen die Rohstoffförderung aus Gründen der Bewahrung anderweitiger Schutzgüter und Interessen oder aus Gründen der Bewahrung des Rohstoffs in der Lagerstätte unterbleiben soll.

3. Gebotene Neujustierung des Gesetzeszwecks des BBergG

Im Rahmen einer Ausrichtung des Bergrechts u.a. auf eine stärkere Beachtung ökologischer Aspekte, wie dies im Koalitionsvertrag der die Bundesregierung bildenden Parteien vorgesehen ist, sollte zunächst der Gesetzeszweck in § 1 BBergG entsprechend angepasst werden.

Gegenwärtig werden Umweltbelange in § 1 Nr. 1 BBergG lediglich unter dem Aspekt des *„sparsame[n] und schonende[n] Umgang[s] mit Grund und Boden“* genannt und insofern nur angedeutet. Als Hauptzweck des BBergG steht vielmehr die Sicherung der Rohstoffversorgung im Zentrum der Norm.⁴ Diese einseitige Ausrichtung des Gesetzeszwecks genügt den gestiegenen Anforderungen an die gesetzliche Ordnung neuer oder künftig intensiverer Nutzungen des Untergrunds oder zur Gewinnung abiotischer Bodenschätze nicht mehr. Eine Veränderung der Ausrichtung des BBergG hin zu einer Berücksichtigung von Umweltbelangen würde mit einer grundlegenden Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen – insbesondere vor dem Hintergrund des Staatsziels Umweltschutz in Art. 20a GG⁵ – korrespondieren. Die gesetzliche Zweckbestimmung sollte daher um Umweltbelange und solche des Ressourcenschutzes erweitert werden.⁶

⁴ S.o. von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2.

⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist.

⁶ Eine Klarstellung, dass das Bergrecht auch ein Umweltgesetz ist, würde auch von Wirtschaftsvertretern begrüßt werden, wie einer Stellungnahme des Bundesverbands Erdgas, Erdöl und Geoenergie e. V. zu dem betreffenden Vorschlag der Verfasser zu entnehmen ist. Allerdings spricht sich die E&P-Industrie dafür aus, als Gesetzeszweck die Förderung der

Eine Anpassung des Gesetzeszwecks hätte eine Reihe von Konsequenzen: Die gesetzliche Zweckbestimmung gibt die Zielvorstellungen des Gesetzgebers wieder und kommt als Auslegungsregel bei der Gesetzesanwendung zur Geltung, sie wird im Rahmen der Ermessens- und Sollvorschriften,⁷ aber auch bei der Erteilung von Nebenbestimmungen⁸ bedeutsam. Der Gesetzeszweck stellt für das in den konkreteren Regelungen des Gesetzes festgelegte Prüfprogramm also eine praktisch wichtige Weichenstellung dar. Eine Erweiterung des Gesetzeszwecks um Umweltbelange dürfte sich im Vergleich zur Lage *de lege lata* im Sinne einer gegenüber den bereits erfolgten Anpassungen durch die Praxis weiter wachsenden Berücksichtigung von Belangen des Umwelt- und Ressourcenschutzes niederschlagen. So wird durch die weitgehende Begrenzung des Gesetzeszwecks auf ökonomische Belange die Erforderlichkeit von Bergbauvorhaben weiterhin unabhängig von Vorsorgeerwägungen ohne weiteres vorausgesetzt.⁹ Die gleichrangige Aufnahme ökologischer Belange als übergeordneter Gesetzeszweck würde die entsprechenden Zulassungen unter einen demgegenüber erhöhten Rechtfertigungsvorbehalt stellen.

Im Gesetzeszweck sollte betont werden, dass ein Abbau von Rohstoffen nur unter besondere Beachtung der Aspekte der Nachhaltigkeit, des Schutzes von Umwelt und Menschen sowie des Ressourcenschutzes erfolgen soll.¹⁰ Die Integration von Umwelt- und Ressourcenschutzbelangen in die gesetzliche Zweckbestimmung würde als übergeordnete Orientierung behördlicher und richterlicher Entscheidungen auch sonstigen Anpassungen und Erweiterungen des bergrechtlichen Normengefüges Plausibilität vermitteln.

4. Reform des Berechtsamsverfahrens

Nach dem gegenwärtigen Rechtsregime des BBergG bedarf derjenige, der ein Abbauvorhaben betreiben will, zunächst einer Bergbauberechtigung. Dies gilt für die Aufsuchung und Gewinnung derjenigen Bodenschätze, für die gem. § 3 Abs. 3 bzw. Abs. 4 BBergG die Vorschriften des BBergG anzuwenden sind. Das BBergG unterscheidet dabei bodenschatzbezogen zwischen „grundeigenen“ Bodenschätzen, auf welche sich das

Rohstoffversorgung weiterhin beizubehalten. Damit könnte die heute bereits gelebte praktische Konkordanz von Umweltschutz und Rohstoffversorgung auch im Bergrecht ihren normativen Niederschlag finden.

⁷ Für das BImSchG *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1.

⁸ So ist für die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 3 VwVfG der Gesetzeszweck von Bedeutung, sodass hier insbesondere auf den Förderzweck verwiesen wird, vgl. *Kühne*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 15.

⁹ *Teßmer*, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 4.

¹⁰ Vgl. auch die Vorschläge von *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, 2009; *Rofßnagel/Hentschel*, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 101; *Ludwig*, Gesamtabwägung ins Bundesberggesetz! Konsequenzen aus dem Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.2013, ZUR 2014, 451, 454 ff.; *Stallmann*, Rückblick: Das Bergrecht in der 17. Legislaturperiode des Bundestages, ZfB 2013, 256 ff.

Eigentumsrecht am Grundstück mit erstreckt und „bergfreien“ Bodenschätzen, zu deren Aufsuchung und Gewinnung vom Grundeigentum gesonderte Bergbauberechtigungen gem. §§ 6 ff. BBergG vergeben werden. Ein Bergbautreibender, der nicht über das sich aus dem Eigentum oder berechtigten Besitz am Grundstück vermittelte Nutzungsrecht an grundeigenen Bodenschätzen verfügt, muss sich dieses über eine privatrechtliche Vereinbarung mit dem Grundeigentümer verschaffen.¹¹ Bei „bergfreien“ Bodenschätze i.S.v. § 3 Abs. 3 BBergG benötigt der Bergbautreibende daneben die vom Grundeigentum gesonderte Bergbauberechtigung gem. §§ 6 ff. BBergG. Soweit zunächst eine Lagerstätte erkundet werden muss, bedarf der Unternehmer hierfür der „Erlaubnis“ zur Aufsuchung des betreffenden bergfreien Bodenschatzes. Für dessen Gewinnung benötigt er sodann einer diesbzgl. „Bewilligung“. Für die tatsächliche Durchführung bergbaulicher Tätigkeiten eines unter das Rechtregime des BBergG fallenden Bodenschatzes bedarf der Unternehmer aber jenseits der jeweiligen „Bergbauberechtigung“ auch der Zulassung unterschiedlicher Betriebspläne, in welchen das jeweilige Vorhaben spezifisch darzustellen und auf Genehmigungsfähigkeit zu prüfen ist. Wenn für die Durchführung eines Vorhabens zur Aufsuchung bzw. Gewinnung auch Zugriff auf im Eigentum Dritter stehende Grundstücke genommen werden muss, kann der Unternehmer sein Vorhaben grds. nur dann betreiben, wenn er eine diesbzgl. Einigung mit dem Grundeigentümer erreichen kann. Gelingt dies nicht, so kann er unter den Voraussetzungen der §§ 77 ff. BBergG das Eigentums- oder Nutzungsrecht am Grundstück per „Grundabtretung“ i.S.v. §§ 77 ff. BBergG (= Enteignung) dem Unternehmer vom Staat auch gegen den Willen des Eigentümers übertragen bekommen.

Die Voraberteilung einer Berechtigung zur Planung eines Vorhabens, welche im Hinblick auf die Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen und in Bezug auf kollidierende Eigentumsrechte keinerlei (Vor-)Wirkung entfaltet, ist im sonstigen Fachplanungsrecht ohne Beispiel.¹² Dergleichen findet auch bei Bergbauvorhaben, die sich auf andere als bergfreie Bodenschätze beziehen, nicht statt. Im internationalen Vergleich ist die Systematik des BBergG, zu einem frühen Zeitpunkt Gewinnungsberechtigungen an Bodenschätzen zu vergeben, ebenfalls unüblich. Konkurrenzsituationen unterschiedlicher – an einer Vorhabendurchführung interessierter – Unternehmer lösen sich jenseits der Aufsuchung oder Gewinnung bergfreier Bodenschätze durch die normalen Mechanismen des Marktes bzw. aufgrund der jeweiligen Leistungsfähigkeit der Projektbetreiber. Eine Analyse der Rechtslage ergab, dass sich die Vorabentscheidung über die Vergabe der Bergbauberechtigung nachteilig auf die Ergebnisoffenheit nachfolgender Entscheidungen über die Zulassung von Betriebsplänen und anderer vorhabenbedingt erforderlicher

¹¹ Oder unter den Voraussetzungen der §§ 35 ff. BBergG per „Zulegung“.

¹² Im sonstigen Fachplanungsrecht ist die Erteilung von Nutzungsrechten vorab einer Vorhabensgenehmigung nicht vorgesehen; vgl. die Regelungen im WHG, WaStrG, BImSchG, KrWG, EnWG, FStrG, AEG, öff. Baurecht, BNatSchG.

Genehmigungen auswirken kann. Jedenfalls sind diesbezüglich Rechtsfragen aufgrund des Wortlauts und der Systematik des BBergG nicht rechtssicher geklärt. Mit der Vorabvergabe der Bergbauberechtigung geht einher, dass – im Rahmen der Prüfung der diesbezüglichen Voraussetzungen, insbesondere in § 11 Nr. 10 BBergG – bereits in gewissem Umfang grundsätzliche Entscheidungen betreffend die Ermöglichung einer Aufsuchung bzw. Gewinnung des Bodenschatzes getroffen werden, ohne dass der Sachverhalt insbesondere im Hinblick auf die damit einhergehenden Auswirkungen der bergbaulichen Tätigkeit für die Umwelt und die Betroffenheit Dritter hinreichend ermittelt und entschieden werden kann. § 11 Nr. 10 BBergG („... zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung [bzw. - im Falle des § 12 - Gewinnung] im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.“) ist vom Wortlaut der Vorschrift und auch der hierzu in der Gesetzesbegründung zu findenden und sich aus dem dokumentierten Werdegang der Einführung dieser Maßgabe ergebenden Gehalt¹³ grundsätzlich einem Verständnis zugänglich, welches die Rechtsprechung zu dem sehr ähnlichen Wortlaut des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG entwickelt hat. Zwar wird die nach § 11 Nr. 10 BBergG angelegte Prüfung entgegenstehender öffentlicher Belange in der Praxis kaum weitergehend betrieben (da diese ja nur auf solche öffentlichen Belange zu beziehen sei, die der Bergbautätigkeit im gesamten Feld entgegenstehen). Jedoch entzündeten sich gerade hieran immer wieder Diskussionen. So wird z.T. verlangt, dass bereits im Zuge der Entscheidung über die Vergabe der Bergbauberechtigung die Auswirkungen der beabsichtigten bergbaulichen Tätigkeiten auf die Umwelt und sonstige im allgemeinen Interesse liegende Güter geprüft und im Falle des Überwiegens eines diesbezüglichen Integritätsinteresses versagt wird. In der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verfahrens und der gesetzlichen Voraussetzungen zur Bescheidung eines Antrages auf Vergabe von Bergbauberechtigungen kann eine solche Prüfung und Entscheidung indessen nicht geleistet werden.

Die Feststellung dieses Defizites führt allerdings noch nicht zwangsläufig dazu, dass nicht die Rechtsauffassung vertreten werden kann, eine erteilte Bergbauberechtigung würde auch eine der Bestandskraft fähige Aussage enthalten, wonach der Aufsuchung bzw. Gewinnung des Bodenschatzes (im gesamten Feld) keine überwiegenden öffentlichen Belange entgegenstünden. Soweit die Vergabe der Bergbauberechtigung in der Praxis regelmäßig mehr oder weniger als eine quasi nur formale Amtshandlung gehandhabt wird, in deren Vorfeld noch keine näheren Prüfungen der tatsächlichen Genehmigungsfähigkeit und Realisierbarkeit und insbesondere eine spätere Genehmigungsfähigkeit der bergbaulichen Tätigkeit durchgeführt werden, ändert dies nichts daran, dass der Vergabe des eigentumsgleichen Rechts am Bodenschatz besondere rechtliche Bedeutung zukommt. Soweit die vom Gesetzgeber angelegte Rechtslage hinsichtlich der Bedeutung einer erteilten

¹³ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 4.

Bergbauberechtigung in der Vergangenheit seitens der Rechtsprechung relativiert wurde,¹⁴ vermittelt dies keine Rechtssicherheit gegenüber einer möglichen Änderung dieser Sichtweise. Dies veranschaulicht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der die eigentumsrechtliche Bedeutung einer nach BBergG erteilten Bergbauberechtigung und die entschädigungsrechtlichen Konsequenzen von deren Beeinträchtigung herausgestellt hat.¹⁵

Eine (vollständige) Abschaffung des Rechtsinstituts der Bergbauberechtigung wird gleichwohl nicht empfohlen. Die Untersuchungen im Rahmen des vorliegenden Projektes haben ergeben, dass eine Aufrechterhaltung der Abtrennung des Eigentums an Grundstücken von dem eigentumsgleichen Recht der „Bergbauberechtigung“ an bestimmten volkswirtschaftlich relevanten Bodenschätzen grundsätzlich sinnvoll ist. Der Staat sollte die Konzessionierung von Rechten an diesen Bodenschätzen in seinen Händen behalten und die damit einhergehenden Möglichkeiten der Steuerung wie z.B. der Erhebung von Förderabgaben aufrechterhalten.

Davon zu unterscheiden ist indessen die weitere Frage, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen über die Erteilung von Bergbauberechtigungen entschieden werden sollte. Zu empfehlen ist, die Konzession zur Aufsuchung und Gewinnung des betreffenden bergfreien Bodenschatzes im Zuge der ersten Entscheidung über eine Betriebsplanzulassung zu erteilen. In Bezug auf die Aufsuchung eines Bodenschatzes ist dies die entsprechende Hauptbetriebsplanzulassung, bei Gewinnungsbetrieben i.d.R. die Rahmenbetriebsplanzulassung. Auf diese Weise würden die mit dem Rechtsinstitut verbundenen Vorteile beibehalten und es kann durch das damit einhergehende Entfallen der Vorabentscheidung über die Bergbauberechtigung mittels einer konzentrierten, einheitlichen Entscheidung festgestellt werden, ob eine Aufsuchung bzw. Gewinnung des betreffenden Bodenschatzes auch im Ergebnis der Prüfung entgegenstehender Belange erfolgen kann. Dies wäre aufgrund des Wegfalls des separaten Berechtsamsverfahrens auch mit einer Reduzierung von Verwaltungsaufwand verbunden und sollte insgesamt zu einer Verfahrensbeschleunigung führen können. Da mit dem Erhalt einer Bergbauberechtigung nach überwiegender Auffassung kein Vertrauensschutz betreffend eine Durchführbarkeit eines Abbauvorhabens verbunden ist, bewirkt der Entfall des Vorab-Berechtsams der Gewinnungsbewilligung auch keine Nachteile beim Investitionsschutz. Konkurrenzschutz bestünde auch über die Anwendung des Prioritätsprinzips, nachdem über den ersten, mit vollständigen Unterlagen gestellten Antrag vorrangig zu entscheiden und ein mit diesem in Konflikt stehender später gestellter bzw. vervollständigter Antrag abzulehnen wäre.

¹⁴ BVerwG, Urteil vom 10.02.2016 (9 A 1/15), Urteil vom 26.03.1998 (4 A 2/97); BGH, Urteil vom 14.04.2011 (III ZR 229/09).

¹⁵ EGMR, Urteil vom 19.01.2017 (32377/12 – „Werra Naturstein“).

Die Alternative, die Entscheidung über die Berechtsamserteilung weiterhin deutlich vor der Entscheidung über eine Vorhabengenehmigung (Betriebsplangenehmigung / -zulassung) zu treffen, im Zuge dessen aber in stärkerem und konkreterem Umfang entgegenstehende öffentliche und private Interessen einzubeziehen, ist nicht zu empfehlen. Dies würde voraussetzen, bereits im Zuge der Beantragung der Berechtsamserteilung in einem Umfang Genehmigungsunterlagen vorlegen und prüfen zu müssen, über welche dann umfassend zu entscheiden die Frage aufwerfen würde, was noch als Gegenstand der nachfolgenden Prüfung im eigentlichen Genehmigungsverfahren verbleibt.

Daher ist eine Überführung der mit der Bergbauberechtigung vermittelten Konzessionserteilung in das entscheidungsreife Genehmigungsverfahren zu empfehlen.

5. Reform der Feldes- und Förderabgaben

Für die Erteilung von Berechtigungen an Lagerstätten bergfreier Bodenschätze und die Gewinnung der dortigen Rohstoffe werden Feldes- und Förderabgaben erhoben (§§ 30, § 31 BBergG). Diese stellen eine Gegenleistung für die Einräumung des Rechts auf Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen dar.¹⁶ Das Instrument der „Konzessionsabgabe“ bietet eine Möglichkeit, über Preisgestaltung den Abbau von Bodenschätzen zu steuern. Dies wird gegenwärtig noch kaum genutzt. Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, einige Aspekte der Erhebung unter Berücksichtigung der folgenden Punkte bundesrechtlich zu reformieren:

- Es bietet sich an, hierfür Änderungen auf gesetzlicher Ebene (§§ 30 bis 32 BBergG sowie § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG) vorzunehmen und die wesentlichen Inhalte der Bepreisung der Rohstoffförderung in einer bundesrechtlichen Rechtsverordnung zu regeln. Den Ländern könnte gegebenenfalls ein „Hebesatz“ zustehen, der sich auf die bundesrechtlichen Vorgaben bezieht und eine „Nachsteuerung“ entsprechend der lokalen Verhältnisse ermöglicht.¹⁷

¹⁶ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 30-32 Rn. 10f.

¹⁷ Ein solcher Hebesatz – der nicht wie bisher an materielle Vorgaben wie der „Abwehr einer Gefährdung der Wettbewerbslage der aufsuchenden oder gewinnenden Unternehmen“ oder dem „Schutz sonstiger volkswirtschaftlicher Belange“ gekoppelt ist – könnte auch für Rechtssicherheit für die öffentliche Hand und die betroffenen Unternehmen sorgen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Urteil des OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 25.10.2017, Az: 2 K 121/15 (nicht rechtskräftig), welches die Feldes- und Förderabgabebesätze für Erdöl und Erdgas für unwirksam erklärte, da der vorgetragene Schutz sonstiger volkswirtschaftlicher Belange nicht hinreichend belegt sei: „Insbesondere muss es sich um Auswirkungen handeln, die nicht nur die lokale oder regionale Wirtschaft betreffen, sondern landesweit wirtschaftlich spürbar sind.“

- Bei der Erhebung der Feldes- und Förderabgaben werden bisher (fast) keine Aspekte des Umweltschutzes oder der Ressourcenschonung berücksichtigt. Angesichts der bestehenden Herausforderungen der Ressourcenschonung sowie des Umweltschutzes sollten diese Aspekte in den Feldes- und Förderabgaben verankert werden¹⁸ – insbesondere da in Deutschland bisher keine Verbrauchsteuern auf Primärbaustoffe erhoben werden.¹⁹ Es sollte deshalb klargestellt werden, dass den Feldes- und Förderabgaben – neben der Gegenleistungsfunktion – auch eine ökologische und ressourcenschonende Lenkungswirkung zukommt.²⁰ In der Umsetzung sollten die Feldes- und Förderabgaben insbesondere für fossile Energieträger erhöht werden.

Einhergehend mit der geforderten umweltpolitischen Lenkungswirkung wären auch alte Rechte und Verträge in den Anwendungsbereich der Abgaben einzubeziehen. Insofern wäre § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG anzupassen. Die bisherige Nichterhebung der Abgaben bei alten Rechten ist auf das bestehende Konzessionssystem der bergfreien Rohstoffe zurückzuführen. Sofern jedoch mit der Abgabe zukünftig auch eine umweltpolitische Lenkungsfunktion verfolgt wird, ist es nunmehr – mehrere Jahrzehnte nach Inkrafttreten des BBergG – gerechtfertigt, diese Ausnahmen abzuschaffen. Eine solche Ausdehnung der Feldes- und Förderabgaben²¹ wurde in einer Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft.²² Demnach wäre sie mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen zu vereinbaren und verhältnismäßig. Auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten ergibt sich nichts anderes.²³ Der Gesetzgeber ist

¹⁸ A. A. *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 116 f., die stattdessen vorschlagen, „effektive und zielgerechte ökonomische Instrumente“ zu entwickeln.

¹⁹ Siehe zur Forderung nach einer Primärbaustoffsteuer: *Bahn-Walkowiak/Bleischwitz/Sanden*, Einführung einer Baustoffsteuer zur Erhöhung der Ressourceneffizienz im Baubereich, 2010; *Keimeyer/Schulze/Hermann*: Primärbaustoffsteuer. Implementationsanalyse 1 im Projekt Ressourcenpolitik: Analyse der ressourcenpolitischen Debatte und Entwicklung von Politikoptionen (PolRes), 2013, www.ressourcenpolitik.de, S. 10 f. sowie *Ludwig/Gawel*: Primärbaustoffsteuern auf Baumineralien – Ein ökonomisches Instrument zur Steigerung der Ressourceneffizienz im Bausektor, DVBL 2017, S. 1468-1474 (S. 1470); *Öko-Institut*, Deutschland 2049 – Auf dem Weg zu einer nachhaltigen Rohstoffwirtschaft, 2017, S. 242 ff.; *Bahn-Walkowiak/Bleischwitz/Distelkamp/Meyer*: Mineral Economics 2012, S. 29; *Sanden/Schomerus/Schulze*: Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 434 ff.; *SRU*: Umweltgutachten 2012: Verantwortung in einer begrenzten Welt, Tz. 139; *Rodi*: Der Rechtsrahmen für den Einsatz ökonomischer Instrumente in der Ressourcenschutzpolitik, ZUR 2016, S. 531 (533).

²⁰ Vgl. *Koenig*: Abgabenordnung, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 24, 41 m.w.N. zur Zulässigkeit von „Lenkungsgebühren“ zur Verfolgung nichtfiskalischer öffentlicher Förderungs- und Lenkungsziele.

²¹ Ebenso z.B. *Meyer/Ludewig*: Eckpunktepapier: Das Potential der bergrechtlichen Förderabgabe für Ressourcenschutz und Länderfinanzen, 2011, abrufbar unter: <http://www.foes.de/pdf/2011-12-Diskussionspapier-Foerderabgaben.pdf> (letzter Zugriff am 30.11.2018).

²² Vgl. hierzu die Prüfung durch *Giesecke*: Einführung einer Förderabgabe für Inhaber alter Rechte gemäß § 149 BBergG (Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages [WD 3 – 3000 – 369/11]), 2011.

²³ Von der bergrechtlichen Literatur wird diese Ausarbeitung teilweise als cursorisch kritisiert, vgl. *Mann*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 30-32 Rn. 14. Zudem wird darauf verwiesen, dass in den neuen Bundesländern durch die „gespaltene Privatisierung“ von Bergbaubetrieben und der Treuhandanstalt

grundsätzlich nicht daran gehindert, die Rechtslage für die Zukunft zu ändern. Bürger und Unternehmen müssen damit rechnen, dass sich Gesetze ändern können und ihr zukünftiges Handeln danach ausrichten.²⁴

6. Grundlegende Reform der Betriebsplanzulassungen

Die Genehmigung der Durchführung bergrechtlicher Vorhaben erfolgt über die Zulassung von Betriebsplänen (§§ 50 ff. und § 48 BBergG). Aspekte des Schutzes der Umwelt, des unmittelbar oder mittelbar betroffenen Eigentums sowie der Nachbarschaft sind in den betreffenden Vorschriften nicht ausdrücklich abgebildet. § 55 BBergG, in welchem die Voraussetzungen für eine Zulassung von Betriebsplänen – nur scheinbar abschließend – aufgeführt sind, sieht umweltbezogene Anforderungen nur sehr partiell vor; allenfalls die Anforderungen zur ordnungsgemäßen Abfallentsorgung (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 6), zur Vorsorge betreffend die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7) und Vermeidung gemeinschädlicher Einwirkungen (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 9) kann ein gewisser Umweltbezug zugeordnet werden.

Eine Einbindung der außerhalb des Bergbaus stehenden Belange und Rechtsvorschriften erfolgt bislang über eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der unspezifisch gehaltenen Formulierung der allgemeinen Verbots- und Beschränkungsvorschrift des § 48 BBergG.

Nach § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. In der Rechtsprechung wird diese Vorschrift als eine Art Generalklausel für die Einbeziehung auch von nicht im BBergG adressierten Schutzgütern verwandt.²⁵ Die erst über die Rechtsprechung eröffnete Ausweitung der vom Gesetzgeber ursprünglich als Befugnis zur Ausübung „bergpolizeirechtlicher“ Aufgaben geschaffenen Norm vermag jedoch die fehlende gesetzliche Konkretisierung und Gewichtung der zu beachtenden Belange des Umwelt-, Eigentum- und Nachbarschutzes nur bedingt zu kompensieren. Deren Fehlen bringt die

verliehenem Bergwerkseigentum eine besondere Situation vorhanden sei. Es habe hier eine durch Gesetz durchgeführte Privatisierung stattgefunden, in deren Rahmen die Kosten zwischen privatem Betreiber und Staat austariert worden seien. Dies sei anders zu bewerten als im Rheinland, wo 1980 alte bzw. sehr alte Rechte einfach in das neue Gesetz überführt worden seien.

²⁴ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer sog. „unechten Rückwirkung“ s. BVerfGE 69, 272 (309) = NJW 1986, 39; BVerfGE 101, 239, (263) = NJW 2000, 413.

²⁵ S. etwa BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, juris (Garzweiler II); BVerwG, Urteil vom 29.06.2006 – 7 C 11/05 –, juris (Garzweiler I/II); BVerwG, Urteil vom 16.03.1989 – 4 C 36/85 –, juris (Moers-Kapellen); BVerwG, Urteil vom 14.04.2005 – 7 C 26/03 –, BVerwGE 123, 247-261 (Tontagebau Fortuna); BVerwG, Urteil vom 02.11.1995 – 4 C 14/94 –, BVerwGE 100, 1-19 (Erkundungsbergwerk Salzstock Gorleben).

Gefahr mit sich, dass Belange des Umweltschutzes und der von den Auswirkungen eines Bergbauvorhabens betroffenen Personen im Rahmen der Entscheidung über bergrechtliche Betriebsplanzulassungen nicht oder nicht hinreichend geprüft bzw. berücksichtigt werden. Dem Wortlaut des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG ist die von der Rechtsprechung praktizierte Ausweitung des Anwendungsbereichs als zusätzliche Voraussetzung für die Zulassung von Betriebsplänen kaum zu entnehmen. Um diese zu erfassen, muss der Rechtsanwender die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG und deren letzten Stand kennen. Insofern ist die Rechtslage der angelsächsischen Rechtssystematik des „Case Law“ vergleichbar, die dem deutschen Verwaltungsrecht in dieser Form allerdings fremd ist. Ob und inwieweit bestimmte öffentliche oder private Belange in der Situation einer konkret beantragten Betriebsplanzulassung relevant sind bzw. wie mit diesen in der Gesamtschau und in Abgrenzung zu weiteren bereits ergangenen oder auch noch anstehenden Verwaltungsentscheidungen innerhalb und außerhalb des Bergrechts umzugehen ist, wirft gesetzgeberisch nicht eindeutig geregelte Rechtsfragen auf, die wiederkehrend einer gerichtlichen Befassung und im Ergebnis einer richterrechtlichen Rechtsfortentwicklung bedürfen.

So ist z.B. in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, in welchem Ausmaß § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG in einzelnen Betriebsplanzulassungsverfahren zur Anwendung zu bringen ist und wie einzelne Zulassungen in dieser Hinsicht zueinander wirken bzw. im Hinblick auf die Pflicht zur Prüfung des Entgegenstehens anderweitiger Interessen zueinander im Verhältnis stehen. Nach seinem Wortlaut und seiner Systematik ist § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG für sämtliche Betriebspläne relevant. Die Regelung müsste also ohne Präjudizierung aufs Neue geprüft werden, was allerdings in der Praxis so nicht gehandhabt wird.

Um den strukturellen Defiziten der Vorschriften über die bergrechtliche Vorhabengenehmigung abzuhelpfen und diese den aus anderen Gesetzen bekannten Systematiken anzugleichen, wird eine grundlegende Neuausrichtung der Vorschriften über die Betriebsplanzulassung vorgeschlagen:

- Einfügung von Voraussetzungen der Vorhabengenehmigung in Bezug auf die Belange des Umwelt- und Nachbarschutzes sowie diesbzgl. Festlegung von Vorrängen in Abhängigkeit von Betroffenheiten auf der einen Seite und einem volkswirtschaftlichen Bedarf an der konkreten Rohstoffgewinnung auf der anderen Seite;
- Formulierung von grundsätzlichen Ausschlussgründen und intendierten Versagungsgründen (bzgl. besonders schutzbedürftiger Belange);
- Eröffnung von Abwägungsspielräumen unter Ansatz von Gewichtungsvorgaben im Übrigen;
- Ggf. Vorgaben zur Bedarfsermittlung und -planung;
- Verbesserung der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen;
- Klarstellung der Rechtswirkungen der Genehmigung und zur Änderung von Vorhaben;
- Verbesserung der Regelungen zum Genehmigungsverfahren.

a) Die Durchführung von Bergbauvorhaben zur Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen sowie zur Rekultivierung bergbaubetroffener Flächen und der Beseitigung der Auswirkungen bergbaulicher Tätigkeiten soll (weiterhin) mittels abschnittsweise zu bescheidenden Anträgen auf Genehmigung von Betriebsplänen freigegeben werden. Der erste Antrag auf Genehmigung von Gewinnungs- und Aufbereitungsvorhaben muss dabei eine Gesamtbetrachtung des Vorhabens ermöglichen, die durch ein vorläufiges positives Gesamturteil über eine voraussichtliche Durchführbarkeit und Genehmigungsfähigkeit des Gesamtvorhabens flankiert wird.²⁶ Dabei ist die Vorläufigkeit des positiven Gesamturteils herauszustellen. Anders als beispielsweise bei der Genehmigung von ortsfesten baulichen Anlagen (etwa nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG²⁷) bringt die fortschreitende räumliche Entwicklung von Bergbauvorhaben es mit sich, dass keine hinreichend sichere Prognose über die genehmigungsrechtlich relevante Sach- und Rechtslage möglich ist, die bei der erst in der Zukunft liegenden Durchführung von Eingriffsmaßnahmen an dem dann betroffenen Ort zu bewältigen sind. Soweit das Bergbauvorhaben nach den Vorschriften des UVP-Rechts einer UVP bedarf, sollte – wie bislang – eine Entscheidung über die Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans erfolgen, die künftig aber als echte planerische Abwägungsentscheidung ergeht. Soweit keine UVP-Pflichtigkeit besteht, wären die spezifizierten Anforderungen an die Vorhabengenehmigung sinnvollerweise am ersten (Haupt-)Betriebsplan abzuarbeiten. In diesem Falle wäre über die Genehmigung des ersten Hauptbetriebsplans im Ergebnis einer planerischen Abwägung das Für und Wider einer Realisierung des Vorhabens unter Berücksichtigung der betreffenden Belange zu entscheiden.

Die gebundene Entscheidung mit dem Anspruch auf Erhalt der Genehmigung sollte grundsätzlich – jedenfalls bei der ersten grundlegenden diesbezüglichen Zulassung – in eine planerische Abwägungsentscheidung überführt werden. Die Einführung einer „echten“ Planfeststellung in das Bergrecht sollte zu einer Stärkung der Belange des Ressourcen-, Umwelt- und Eigentumsschutzes führen, da diese – dem jeweiligen Einzelfall entsprechend bedarfsgerecht – mit entsprechendem Gewicht in eine zu treffende planerische Abwägungsentscheidung implementiert werden können.²⁸ Auf diese Weise könnten die Vorgaben der medialen Umweltgesetze bei der Genehmigung bergbaulicher

²⁶ Für Aufsuchungsvorhaben erscheint dies bei insoweit fehlenden Eingriffen (bzw. allenfalls geringer Intensität von Eingriffen) in Schutzgüter Dritter oder der Natur und Umwelt entbehrlich.

²⁷ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18.07.2017 (BGBl. I S. 2771) geändert worden ist.

²⁸ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 526; s. auch Herrmann/Sanden/Schomerus/Schulze, Ressourcenschutzrecht – Ziele, Herausforderungen, Regelungsvorschläge, ZUR 2012, 523 (527 f.); Roßnagel/Hentschel, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 104; Schulze/Keimeyer: PolRess AP 2 – Politikansätze und -instrumente, Implementationsanalyse Nr. 2: Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, 2014, S. 12.

Eingriffsvorhaben besser berücksichtigt werden. Soweit über die Zulassung von Betriebsplänen per Planfeststellung entschieden wird, wäre auch die Planrechtfertigung zu prüfen. Eine Umwandlung der gebundenen Planfeststellung in eine planerische Genehmigung ermöglicht die Implementierung einer Entscheidungsrelevanz von Fragen des Bedarfs an der Gewinnung des betreffenden Rohstoffs. Damit würde der schon länger diskutierten Einführung eines planerischen Ermessens beim Rohstoffabbau gefolgt.²⁹ Durch die Einführung einer echten planerischen Abwägungsentscheidung würde auch dem gegenwärtigen – aus Sicht der Aspekte des Umweltschutzes suboptimalen – Zustand abgeholfen, dass in die bergrechtliche Planfeststellung zwar öffentliche Interessen einfließen (Ziele der Raumordnung sind zu beachten), aber infolge der gebundenen Entscheidung sonstige Erfordernisse der Raumordnung unberücksichtigt bleiben. Zu prüfen ist, ob bei - dann genau zu bestimmenden - kleineren bis mittleren Vorhaben weiterhin eine gebundene Entscheidung ergehen kann und es insofern keiner Genehmigung mit planerischer Abwägungsentscheidung bedarf.

Durch den Systemwechsel, anstelle der bislang aus § 55 Abs. 1 S. 1 BBergG folgenden „gebundenen“ Zulassungsentscheidung, die Genehmigung bergrechtlicher Betriebspläne künftig dem Ergebnis einer ergebnisoffenen Abwägung zu überantworten, würden dann nicht nur „Ziele“, sondern auch „Grundsätze“ der Raumordnung besonders zu berücksichtigen sein. Das gilt erst recht, weil nunmehr mit § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG eine Raumordnungsklausel gilt, wonach bei der Zulassung von Projekten (dann: Planfeststellung) die raumordnungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen.

Es sollte im BBergG vorgesehen werden, dass der Antrag auf Genehmigung des Rahmenbetriebsplans bzw. des ersten (Haupt-)Betriebsplans über die sonstigen (dem Grunde nach beizubehaltenden) gesetzlichen Anforderungen (des ggw. § 55 BBergG) hinaus folgende Angaben und Nachweise zu enthalten hat:

- welcher Bodenschatz aufgesucht, gewonnen oder aufbereitet werden soll,
- aus welchen Umständen sich ein Bedarf der Aufsuchung, Gewinnung bzw. Aufbereitung des Bodenschatzes ergibt,
- auf welchen räumlich und zeitlich definierten Bereich sich die zur Genehmigung beantragte bergbauliche Tätigkeit bezieht,
- welche technischen Verfahren zur Durchführung des Vorhabens zum Einsatz kommen sollen,
- in welchem Umfang im Eigentum Dritter stehendes Grundeigentum in Anspruch genommen werden soll oder im Zuge der Durchführung des Vorhabens Nutzungsbeeinträchtigungen oder Schädigung erfahren kann,

²⁹ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 524 ff.

- welche Einwirkungen eine Durchführung des Bergbauvorhabens auf die Umwelt erwarten lässt und welche Maßnahmen der Verhinderung, Vorsorge, Verminderung und Beseitigung von Einwirkungen und Schäden zu ergreifen sind,
- welche Maßnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes der Geländeoberfläche vorgesehen sind.

Der Antrag auf Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans sowie eines ersten Hauptbetriebsplans sollte die zur (vorläufigen) Beurteilung des Gesamtvorhabens erforderlichen Angaben enthalten.

In zeitlicher Hinsicht sollte sich die Genehmigung auf einen nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessenden Zeitraum entsprechend der Reichweite der Prognose bzgl. der Bewertung der vorhabenbedingten Umwelteinwirkungen beziehen und entsprechend befristet werden. Die Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans sollte 15 und die eines Hauptbetriebsplans grds. 2 Jahre, jedenfalls aber 5 Jahre nicht überschreiten.

Die Durchführung bestimmter Teile der bergbaulichen Tätigkeit einschließlich der Bewältigung bestimmter hierdurch ausgelöster Probleme kann weiterhin von der Erteilung der Genehmigung für einen Sonderbetriebsplan abhängig gemacht werden.

Soweit ein Rahmenbetriebsplan oder ein erster Hauptbetriebsplan genehmigt wurde, kann im Verfahren auf Erlass weiterer Betriebspläne auf die Antragsunterlagen zur Erteilung dieser Bescheide Bezug genommen werden. Diese sind insofern nur um die Unterlagen für die weitergehende Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der betreffenden betriebsplangegenständlichen Fortführung des Vorhabens zu ergänzen. Im Zuge einer Entscheidung über den Antrag auf den Erlass der weiteren Betriebspläne sind die im bisherigen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse auf anhaltende Richtigkeit zu überprüfen.

Mit der Durchführung des im Antrag auf Erteilung der Genehmigung für einen Rahmenbetriebsplan beschriebenen Vorhabens darf erst nach Bewältigung der im Geltungsbereich des ersten Hauptbetriebsplans anfallenden Konflikte begonnen werden.

b) Es bedarf klarerer Regelungen zur Beachtung von Belangen des Umwelt- und des Nachbarschutzes und deren Stellenwertes. Diese wären etwa dahingehend zu formulieren, dass die Genehmigung in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens nur erteilt werden kann, wenn sichergestellt ist, dass

- die sich aus der Vorschrift über die Grundpflichten und der diesbezüglich erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden,

- andere Anforderungen des Gesetzes sowie sonstiger umweltrechtlicher Vorschriften und Vorschriften zum Schutz vom Vorhaben betroffener Personen und Nachbarn nicht entgegenstehen,³⁰
- andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes dem Vorhaben nicht entgegenstehen und
- dem Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Belange entgegenstehen; diese sind umfassend zu ermitteln, zu bewerten sowie gegeneinander und untereinander abzuwägen. Zu den zu berücksichtigenden öffentlichen Belangen gehören auch die Anforderungen des Klimaschutzes.

Bei der Erteilung der Genehmigung sind die Ergebnisse einer durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung im Hinblick auf eine wirksame Umweltvorsorge so umzusetzen, dass erhebliche Beeinträchtigungen der Natur und Umwelt vermieden werden.

c) Soweit sichergestellt werden soll, dass bei Beeinträchtigung besonders hochrangiger Schutzgüter eine Genehmigungserteilung nicht in Betracht kommt, wären diese als Ausschlussgründe („kann nicht genehmigt werden, wenn ...“) zu formulieren.

d) Es sollte eine Vorschrift zur Festsetzung von Nebenbestimmungen zur Genehmigung geschaffen werden, in welcher auch eine behördliche Verpflichtung zur Beauftragung einer Sicherheitsleistung sowie der Statuierung eines Vorbehalts zum Widerruf der Genehmigung sowie eine Erleichterung der Voraussetzungen zum Erlass nachträglicher Anordnungen vorgesehen werden. Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt insbesondere § 56 Abs. 1 BBergG keine hinreichende Grundlage für nachträgliche Anordnungen dar, wenn es sich hierbei nicht um Auflagen im Sinne des § 36 VwVfG handelt.³¹

Danach sollte klargestellt werden, dass die Genehmigung unter Bedingungen erteilt oder mit Auflagen verbunden werden kann, soweit dies zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich oder zweckmäßig ist. Die Genehmigungsbehörde hat die Vorlage von Sicherheitsleistungen zu verlangen, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung von Auflagen oder sonstigen Verpflichtungen zu sichern; die Erforderlichkeit ist gegeben in Bezug auf die Absicherung der voraussichtlichen Kosten der Wiedernutzbarmachung der Vorhabenfläche sowie des Ausgleichs von

³⁰ In der Praxis werden hierüber insbesondere die Anforderungen des Habitat-, Biotop- und Artenschutzes innerhalb und außerhalb von besonderen Schutzgebieten sowie Vermeidung, Ausgleich und Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft erfasst.

³¹ BVerwG, Urteil vom 22.11.2018 – 7 C 9.17, 7 C 11.17, 7 C 12.17. In dem konkreten Fall änderte das zuständige Landesamt für Geologie und Bergwesen Sachsen-Anhalt nachträglich die Kriterien der für die Verfüllung zugelassenen Materialien hinsichtlich der stofflichen Art und der Schadstoffbelastung.

vorhabenbedingten Schäden am Grundeigentum Dritter. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung nach anderen Rechtsvorschriften bleibt unberührt.

Die Genehmigung sollte mit einem Vorbehalt des Widerrufs versehen werden können. Im BBergG sollte eine vergleichbare Regelung wie § 17 BImSchG geschaffen werden, welche den Erlass nachträglicher Auflagen ermöglicht.

e) Mit der Genehmigung von Betriebsplänen sollten andere das Vorhaben betreffende behördliche Entscheidungen eingeschlossen werden, soweit über die diesbezüglichen fachgesetzlichen Voraussetzungen auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen abschließend entschieden werden kann und sich aus den Vorschriften des Gesetzes nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Vorliegens der fachgesetzlichen Voraussetzungen wäre vorzusehen, dass mit der nach dem Fachrecht jeweils zuständigen Behörde das Einvernehmen herzustellen ist.

f) Soll ein Vorhaben von der Genehmigung abweichend durchgeführt werden, so muss dessen Änderung beantragt werden. Hierzu sollten genauere Regelungen betreffend die unterschiedlichen denkbaren Fallgestaltungen geschaffen werden.

g) Die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen sind mit geeigneten Regelungen betreffend die Beteiligung von Öffentlichkeit, Trägern öffentlicher Belange, Interessensverbänden und potenziell betroffenen Menschen am Genehmigungsverfahren zu flankieren. Nur über eine intensive Beteiligung insbesondere der von einem Bergbauvorhaben betroffenen Menschen lässt sich das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen im erforderlichen Umfang prüfen. Daher sind gehobene Anforderungen an die Information über die Vorhabenplanung zu etablieren. In Anbetracht der durch ein Bergbauvorhaben bewirkten schwerwiegenden Eingriffe in die Belange der betroffenen Menschen im grundrechtsrelevanten Bereich ist es erforderlich, dass neben einer öffentlichen Bekanntmachung der Vorhabenplanung auch eine individuelle Benachrichtigung der ermittelbaren Eigentümer der im betroffenen Gebiet befindlichen Grundstücke erfolgt; gleiches gilt in Bezug auf die Träger öffentlicher Belange sowie die anerkannten Naturschutz- und Umweltverbände.

Grundsätzlich sollten die Regelungen der §§ 72 ff. VwVfG uneingeschränkt auch im Genehmigungsverfahren für bergbauliche Vorhaben gelten. Allerdings gibt es zur Verbesserung der Bürgerfreundlichkeit dieser Regelungen ebenfalls Reformbedarf, auf den im Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen werden kann.

7. Rohstoffsicherungsklausel streichen, hilfsweise reformieren

Die Rohstoffsicherungsklausel des § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG soll nach umstrittener, aber immer noch verbreiteter Auffassung – etwa im Rahmen der Beteiligungsverfahren gemäß § 54 Abs.

2 BBergG – sicherstellen, dass die Behörden dafür Sorge tragen, dass die Gewinnung von Rohstoffen durch ihre Planungen und Entscheidungen nicht beeinträchtigt wird. Ebenso wird vertreten, dass Umweltbelange demgegenüber nicht zu berücksichtigen seien.³² Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der übergreifenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Umweltschutzes als Staatsziel gemäß Art. 20a GG.³³ Die Rechtsprechung hat die Annahme, § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG formuliere einen generellen Vorrang für die Rohstoffsicherung gegenüber konfligierenden Schutz- oder Widmungszwecken, zudem relativiert.³⁴ Der Norm wird nach dieser Auffassung lediglich noch entnommen, dass dem Belang der Sicherung der Rohstoffversorgung ein hohes Gewicht zuzuschreiben ist.

Die einseitige Hervorhebung des Zwecks der Rohstoffsicherung im Gesetz ist daher nicht mehr angezeigt. Die Aufrechterhaltung der Rohstoffsicherungsklausel stünde zudem im Widerspruch zu der hier unter anderem im Hinblick auf die Formulierung des Gesetzeszwecks vorgeschlagenen Integration von Umwelt- und sonstigen Nachhaltigkeitsbelangen in das behördliche Prüf- und Abwägungsprogramm. Schließlich sind Fragen der Rohstoffsicherung von räumlich übergeordneter Natur. Die in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG benannten Schutz- oder Widmungszwecke zugunsten von Lagerstättenschutz und Rohstoffplanung sollten daher nach allgemeinen Grundsätzen insbesondere im Rahmen der Landesplanung und der regionalen Raumordnung austariert werden. Nicht zuletzt die Aufnahme der Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 Satz 2 (neu) BBergG durch die Raumordnungsnovelle 2017 bestätigt, dass der Schutz der Lagerstätten zuvörderst durch das Planungsrecht und nicht (mehr) durch § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG erfolgen soll.

Die Rohstoffsicherungsklausel hat daneben keine Bedeutung mehr und sollte zur Vermeidung von Missverständnissen gestrichen werden.³⁵ Hilfsweise wäre auch eine Kodifizierung der Rechtsprechung demgemäß denkbar, dass statt der bislang einseitigen Betonung des Belangs der Rohstoffsicherung klargestellt wird, dass diese gegenüber sonstigen öffentlichen Schutz- und Widmungszwecken in einem angemessenen Umfang zu beachten ist.

³² Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 12; nach Ludwig, Umweltaspekte in Verfahren nach dem BBergG, ZUR 2012, 150 (155) sind jedoch Umweltbelange, die nach Art. 20a GG Verfassungsrang haben, gegenüber der einfachgesetzlich garantierten Rohstoffsicherung vorrangig zu berücksichtigen.

³³ Siehe dazu auch oben, Kapitel 1.1.

³⁴ BVerwGE 81, 329.

³⁵ Siehe hierzu auch Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 20.

8. UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsplänen sicherstellen

Aufgrund von Übergangsregelungen bei der Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung werden vor dem 01.08. bzw. 03.10.1990 bereits begonnene Vorhaben von der UVP-Pflicht auch mit Wirkung für künftig für diese Vorhaben erforderlichen Betriebsplanzulassungen freigestellt.³⁶ In diesem Zusammenhang entschied das BVerwG, dass auch bei Rahmenbetriebsplan-Zulassungen, die für „Ost-Tagebaue“ nach 1990 beantragt wurden, ein Planfeststellungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung entbehrlich sei, sofern mit dem Gesamtvorhaben bereits zu DDR-Zeiten begonnen wurde.³⁷ Dies hat zur Folge, dass insbesondere für sämtliche aktuell in Deutschland betriebenen Braunkohletagebaue in der Vergangenheit keine UVP durchgeführt wurde. Obwohl für diese nach 1990 z.T. sogar neue Rahmenbetriebspläne zur Zulassung für mehrere Jahrzehnte Abbautätigkeit beantragt wurden, durften die Zulassungsverfahren nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung ohne Umweltverträglichkeitsprüfung und Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Dies wurde insbesondere mit einem „Bestandsschutz“ von bereits vor Inkrafttreten der UVP-Richtlinie aufgeschlossenen Tagebauvorhaben begründet, den die Überleitungsvorschriften zur Einführung der UVP-Pflicht in das BBergG bzw. der Einigungsvertrag für solche „begonnenen Vorhaben“ vermittelte.³⁸

Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, dass für Vorhaben, für die bislang noch keine UVP durchgeführt wurde, die aber die Schwellenwerte für die UVP-Pflichtigkeit überschreiten, im Rahmen der Zulassung eines neuen Betriebsplans künftig eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden sollte. Hierbei sollte es nicht darauf ankommen, ob es sich um einen Rahmen-, Haupt- oder Sonderbetriebsplan handelt.

Weiterhin sollte künftig klar zwischen der Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung (SUP) von Braunkohlenplänen und der UVP-Pflichtigkeit von Betriebsplänen differenziert werden.³⁹

Die gesetzgeberische Idee, (Rahmen-)Betriebsplanverfahren von der Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens mit integrierter UVP freizustellen, wenn in den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften einer UVP entsprechende Verfahrensschritte vorgesehen sind, stammt aus einer Zeit vor Existenz der SUP-Richtlinie. Zudem ist laut der Rechtsprechung⁴⁰

³⁶ Nach Auffassung des BVerwG genügt es dafür, dass vor diesem Datum bereits ein Betriebsplan zugelassen bzw. in den neuen Bundesländern ein vergleichbares Stadium erreicht wurde (BVerwG, Urt. v. 12.06.2002 – 7 C 2,3/02; Beschl. v. 21.11.2005 – 7 B 26/05).

³⁷ BVerwG, Urteile vom 12.06.2002, 7 C 2/02, NVwZ 2002, S. 1237-1238, sowie 7 C 3/02, ZfB 2002, S. 165-169.

³⁸ Siehe hierzu *Stevens*, Bergrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen für Tagebaue, ZUR 2012, 338 (342) und *Keienburg*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

³⁹ In der Praxis stellt die bisherige Rechtslage nur für Nordrhein-Westfalen ein Problem dar.

⁴⁰ Sächsisches OVG Bautzen, Urteil vom 09.04.2015, Az: 1 C 26/14.

Braunkohlenplanung keine Vorhabenplanung und die im Braunkohlenplanverfahren durchgeführten Umweltprüfungen machen die Genehmigung eines Braunkohlenplans noch nicht zu einer „Genehmigung“ i.S.d. UVP-Rechts. Die Regelung des § 52 Abs. 2b S. 2 i.V.m. § 54 Abs. 2 S. 3 BBergG hat damit – jedenfalls nach der Rechtsprechung zur Situation in NRW – letztlich zu einer Freistellung von Braunkohlentagebauen (Hambach, Garzweiler) von der Pflicht zur Durchführung von Planfeststellungsverfahren und UVP im Hinblick auf viele Jahre zuvor durchgeführte Braunkohlenplanverfahren geführt, deren Aktualität und Anpassung an zwischenzeitlich fortentwickelte Anforderungen fraglich ist.

Es sollte insoweit – 28 Jahre nach Inkrafttreten der UVP-Pflicht – gesetzlich verankert werden, dass zukünftig die bestehenden Übergangsregelungen befristet werden. Da die Übergangsregelung des Einigungsvertrages⁴¹ nicht nur ein förmliches Bundesgesetz sind, sondern gleichzeitig auch Teil eines völkerrechtlichen Vertrags, können sie nicht ohne weiteres durch ein Bundesgesetz geändert werden.⁴² Vielmehr kann eine gesetzliche Anordnung der Nichtanwendung bestimmter Maßgaben mit Wirkung für die Zukunft vorgenommen werden.⁴³ Diese Technik entspricht langjähriger Gesetzgebungspraxis im Bereich des Übergangsrechts aus dem Einigungsvertrag.⁴⁴

9. Überarbeitung der Regelungen zur Rekultivierung und Wiedernutzbarmachung von abbaubetroffenen Flächen

Die bergrechtliche Wiedernutzbarmachungspflicht ist insbesondere auf die Ermöglichung der Folgenutzung der Flächen ausgerichtet. Umweltrechtliche Vorgaben werden nicht explizit genannt und fallen nur allgemein unter die „öffentliche Interessen“, die im Zuge der behördlichen Betriebsplanzulassung gem. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu berücksichtigen sind. Die Umweltauswirkungen des Vorhabens und der Eingriff in Ökosysteme werden demgegenüber grundsätzlich durch die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung adressiert, die gem. § 17 Abs. 1 S. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) im Zuge der Betriebsplanzulassungsentscheidung mit zu behandeln ist. In welchem Verhältnis die bergrechtliche Verpflichtung zur Wiedernutzbarmachung zu der aus der

⁴¹ Überleitungsvorschrift nach Anlage I Kapitel V Sachgebiet D Abschnitt III Nr. 1 Buchstabe h) bb), welche lautet: „§ 52a gilt nicht für Vorhaben, bei denen das Verfahren zur Zulassung des Betriebes, insbesondere zur Genehmigung eines technischen Betriebsplanes, am Tage des Wirksamwerdens des Beitritts bereits begonnen war.“ Siehe hierzu *Keienburg*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

⁴² Siehe hierzu *Herrmann* in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang Einigungsvertrag, Rn. 2 m.w.N.

⁴³ *Herrmann* in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang Einigungsvertrag, Rn. 2 m.w.N. unter Bezug auf BT-Drs. 17/10755, S. 9 f.

⁴⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die weitere Bereinigung von Übergangsrecht aus dem Einigungsvertrag, BT-Drs. 17/10755, S. 9 f.

naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung folgenden Kompensationsverpflichtung steht, ist nicht gesetzlich geklärt. Wiedernutzbarmachung und naturschutzrechtliche Kompensationsleistung können sich in ihren Anforderungen entsprechen, sodass es zu einer Überschneidung der durch die Normen vorgesehenen Handlungspflichten kommt, vgl. § 1 Abs. 5 S. 4 BNatSchG. Es ist aber auch denkbar, dass eine Kompensation des naturschutzfachlichen Eingriffs zusätzliche oder andere Maßnahmen als die bloße Wiedernutzbarmachung erfordert.⁴⁵ Für Fälle, in denen Wiedernutzbarmachungspflicht und Eingriffsregelung unterschiedliche Inhalte haben – etwa weil die Wiedernutzbarmachung selbst einen Eingriff in Natur und Landschaft darstellt –, sind Maßnahmen der Wiedernutzbarmachung nach höchstrichterlicher Feststellung⁴⁶ nicht als erneute Eingriffe in die Umwelt zu qualifizieren, aber als Gegenstand naturschutzfachlicher Belange über § 4 Abs. 4 BBergG zu berücksichtigen. Nur im Fall des Vorliegens gewichtiger Gründe (z.B. Gesundheitsschutz, öffentliche Sicherheit) darf daher eine Maßnahme der Wiedernutzbarmachung gewählt werden, die der naturschutzfachlich angebrachten Kompensationsmaßnahme nicht entspricht.⁴⁷

Die Komplexität der rechtlichen Verzahnung bergrechtlicher und naturschutzrechtlicher Vorgaben – die letztlich auch den Status naturschutzfachlicher Erwägungen bei behördlichen Entscheidungen zu den zu fordernden Inhalten der Wiedernutzbarmachung betrifft – wurde im Rahmen der zur Durchführung dieser Untersuchung geführten Interviews wiederholt adressiert.⁴⁸

Es sollte daher eine gesetzgeberische Klarstellung dieses Verhältnisses unter Berücksichtigung der dargelegten höchstrichterlich und rechtswissenschaftlich erarbeiteten Grundsätze erfolgen. Hierfür bietet sich die Integration der richterrechtlich entwickelten Abgrenzungskriterien zum Verhältnis von Wiedernutzbarmachung und Eingriffsregelung an,⁴⁹ die zum einen klarstellt, dass die Verpflichtung zu zusätzlichen und weitergehenden Maßnahmen aus § 15 BNatSchG unberührt bleibt. Zum anderen sollte der von der Rechtsprechung entwickelte relative Vorrang der Eingriffsregelung kodifiziert und damit sichergestellt werden, dass naturschutzfachlich nicht angezeigte Maßnahmen im Rahmen der Wiedernutzbarmachung nur zugunsten gewichtiger Gründe zulässig sind.

⁴⁵ Zu den Fallkonstellationen ebenfalls *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 240 f.

⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 14.04.2005 – 7 C 26/03, juris Rn. 22; siehe auch *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 309 ff.

⁴⁷ *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 309 ff; vgl. dazu oben 3.10.1.

⁴⁸ Siehe hierzu oben Kapitel 3.10.3 sowie 3.5.5.4.

⁴⁹ Siehe hierzu oben Kapitel 3.10.1.

10. Verbesserung der Vorschriften zu Sicherheitsleistungen

Die Gewinnung von Bodenschätzen geht regelmäßig mit hohen Folgekosten für die Wiedernutzbarmachung und die Nachsorge einher. Das BBergG sieht deshalb die Möglichkeit vor, dass die Zulassung eines Betriebsplanes gemäß § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann. Ob und in welcher Höhe und in welcher Form die Zulassung eines Betriebsplanes von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht wird, entscheidet die Zulassungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Problematisch ist jedoch, dass die Sicherheitsleistung nicht wie im Rahmen anderer Umweltgesetze – beispielsweise hinsichtlich der Rückbauverpflichtung von Windenergieanlagen und im Abfall-/Deponiebereich – als Regelfall vorgesehen ist. Zudem wird das Ermessen durchaus restriktiv ausgeübt. Dies gilt entsprechend für die einzelnen – teilweise zu engen – Tatbestandvoraussetzungen.

Das BBergG enthält keine konkreten Vorgaben an die Art der Sicherheitsleistung, so dass zumindest in der Literatur überwiegend vertreten wird, dass auch handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellungen als gleichwertige Sicherheit anerkannt werden können. Diese sind jedoch nicht insolvenz sicher angelegt, so dass diese nach der Rechtsprechung des BVerwG im Bereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) bzw. der Deponieverordnung nicht als gleichwertige Sicherungsmittel anerkannt werden. Soweit ersichtlich sind sie jedoch im Bergrecht – gerade bei großen Unternehmen – üblich.

Die Rechtslage für Sicherheitsleistungen bei Abgrabungen ist zwischen den Ländern sehr unterschiedlich. Die Variationsbreite reicht von keiner entsprechenden Regelung über eine grundsätzliche Vorschrift bis hin zu sehr detaillierten Vorgaben. Diese große Variationsbreite der Länderregelungen trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Sehr unklare und wenig detaillierte Regelungen können zudem dazu führen, dass Umwelanforderungen insbesondere bei der Rekultivierung bzw. Renaturierung von Abgrabungsflächen nicht in die Praxis umgesetzt werden.

Nach dem gegenwärtigen Wortlaut von § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG kann die Zulassung eines Betriebsplanes zwar von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden. Allerdings sieht die bergrechtsrelevante Literatur die Sicherheitsleistung nicht als Regelfall an, sondern legt die Ermessensausübung durchaus restriktiv aus.⁵⁰ Zudem ist die bergrechtliche Ausgestaltung auch in einigen anderen Punkten zu eng ausgestaltet. Auch die Interviews bestätigten, dass die Regelungen zur Sicherheitsleistung verbesserungswürdig sind. Vor

⁵⁰ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 267; von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 56 Rn. 35.

diesem Hintergrund sollten die Regelungen zur Sicherheitsleistung grundlegend überarbeitet werden. Folgende Punkte sollten hierbei adressiert werden:

- Wie in anderen gesetzlichen Regelungen sollte die bestehende Ermessensvorschrift („Kann“) dahingehend umgestaltet werden, dass in der Regel eine Sicherheitsleistung zu fordern ist. Hiervon sollte nur in atypischen Fällen abgewichen werden können („Soll-Vorschrift“). Entsprechende Änderungen wurden in anderen umweltrelevanten Gesetzen⁵¹ bereits seit längerem umgesetzt.⁵² Für Bergbehörden würde dies nebenbei auch die Begründung erleichtern, warum Sicherheitsleistungen gefordert werden.
- Es sollte in § 56 Abs. 2 BBergG ausdrücklich klargestellt werden, dass die Sicherheit sich nicht nur auf die aufgezählten Voraussetzungen des § 55 BBergG bezieht, sondern auch auf die anderen überwiegend öffentlichen Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG. Dies ist derzeit umstritten,⁵³ so dass – soweit ersichtlich – diesbezüglich keine Sicherheitsleistung nach den bergrechtlichen Vorschriften verlangt werden.⁵⁴ In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des OLG Bremens⁵⁵ zu verweisen, wonach die Einstandspflicht aus der als Sicherheitsleistung hinterlegten Bürgschaft abgelehnt wurde, da sich diese – entsprechend dem Wortlaut des § 56 Abs. 2 BBergG – nur auf die „Absicherung der in § 55 Abs. 1 S. 1 Nrn. 3 bis 9 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen“ bezog.⁵⁶ Darüber hinaus sollten auch privatrechtliche Schadenersatzansprüche wie die nach den §§ 114 f. BBergG erfasst werden. Als Vorlage für letzteres könnte die § 41 Offshore-Bergverordnung (OffshoreBergV) dienen, der entsprechende Regelungen zur Vorsorge enthält.

⁵¹ Beispielsweise in §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG i.V.m. § 18 Deponieverordnung (DepV) sowie § 12 Abs. 1 S. 2 BImSchG.

⁵² Teilweise ist sogar eine Sicherheitsleistung zwingend vorgeschrieben („Ist“).

⁵³ Hierzu soll zwar gegebenenfalls in absehbarer Zeit eine Klärung durch das BVerwG zu erwarten sein. Eine gesetzliche Klarstellung ist unabhängig hiervon jedoch zu bevorzugen. Ablehnend: *Keienburg*, ZfB 2013, 243 f.; *von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 33; zustimmend: *Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 117,262; vgl. auch Kapitel 7.2.1.

⁵⁴ Nach *Sächsisches Oberbergamt*, Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG - Merkblatt Sicherheitsleistungen (Stand: 11/2010), darf die Sicherheitsleistung „nur zur Sicherung der in § 55 Abs. 1 Nr. 3 bis 13 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen zur Zulassung des Betriebsplanes dienen.“

⁵⁵ OLG Bremen, Urteil vom 29.12.2017, 2 U 69/16 (nicht rechtskräftig).

⁵⁶ OLG Bremen, Urteil vom 29.12.2017, S. 11: „... auch wenn etwa § 48 Abs. 2 BBergG der für die Zulassung von Betriebsplänen zuständigen Behörde die Befugnis einräumt, „andere“ öffentlich-rechtliche Vorschriften, so auch die Anforderungen des Bundes-Bodenschutzrechts, in seine Prüfung mit einzubeziehen (siehe *BVerwG*, Urt. v. 14.04.2005). Es mag daher nach der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* die grundsätzliche Berücksichtigung des Bundesbodenschutzgesetzes im Verfahren der bergrechtlichen Zulassung zu bejahen sein; daraus folgt jedoch nicht, dass die in § 55 Abs. 1 und 2 BBergG geregelten Verpflichtungen des Betreibers über die rein bergbaurechtlichen Verpflichtungen hinausgehen und etwa auch solche nach dem Bundesbodenschutzgesetz erfassen.“

- Es sollte ausdrücklich klargelegt werden, dass Sicherheitsleistungen auch nach Zulassung des Betriebsplans durch nachträgliche Anordnungen möglich sind. Bisher wird überwiegend vertreten, dass dies ausgeschlossen sein soll.⁵⁷ Ein nachträgliches Festsetzen einer Sicherheitsleistung kann jedoch gegebenenfalls aus fachlichen und wirtschaftlichen Gründen geboten sein. Klargelegt werden sollte auch, dass in späteren Betriebsplanzulassungen eine Sicherheit verlangt werden kann, obgleich in vorherigen Zulassungsentscheidungen keine oder eine geringere Sicherheit festgesetzt wurde.⁵⁸
- In der Allgemeine Bundesbergverordnung (ABergV) sollten konkrete Vorgaben an die Art der Sicherheit verankert werden. Im Bergrecht findet bisher nicht einmal eine Beschränkung auf die Sicherungsmittel des § 232 BGB statt.⁵⁹ Zudem sieht Anhang 7 zu § 22a Abs. 3 S. 4 ABergV sogar vor, dass „handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellungen als gleichwertige Sicherheit“ akzeptiert werden.⁶⁰ Diese sind jedoch nicht insolvenz sicher angelegt, so dass diese nach der Rechtsprechung des BVerwG weder ein „gleichwertiges Sicherungsmittel“ im Sinne der §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG noch etwas „anderes Gleichwertiges“ im Sinne von Art. 8 lit a) Ziffer iv) der Deponierichtlinie 1999/31/EG⁶¹ darstellen und deshalb als Sicherungsmittel in Sinne der Deponieverordnung ausgeschlossen sind.⁶² Diese Auslegung sollte auf das BBergG übertragen werden.
- Auch die Bemessung der Höhe der Sicherheitsleistung sollte in der ABergV klarer beschreiben werden. Ein Beispiel für ein mögliches Vorgehen des Verordnungsgebers stellt § 7 Abs. 3 Brandenburgische Bau-Abgrabungsverordnung (BbgBauAV) dar, welches enumerativ die jeweils abzudeckenden Maßnahmen – nicht abschließend – auflistet.

Unabhängig von der Reform der Sicherheitsleistungen im BBergG sollte geprüft werden, inwiefern für die Braunkohlenfolgekosten eine spezifische Lösung entwickelt werden sollte, welche die besonders hohen Kosten für die Wiedernutzbarmachung und die sogenannten Ewigkeitskosten absichert, welche bisher nicht insolvenzfest abgesichert sind. In den letzten Jahrzehnten überwog bei Behörden, Politik und Öffentlichkeit die Einschätzung, dass hierfür kein Bedarf besteht. Angesichts der klimapolitischen Ziele Deutschlands sowie der in diesem

⁵⁷ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 270 m.w.N.

⁵⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen unter 7.2.1.

⁵⁹ Keienburg, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, 243, 251.

⁶⁰ Kritsch hierzu: von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 45, der jedoch vertritt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass betriebliche Rückstellungen als Rückstellungen akzeptiert werden.

⁶¹ Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26.04.1999 über Abfalldeponien, ABl. L 182 vom 16.07.1999, S. 1-19.

⁶² Vgl. Urteil des BVerwG vom 26.06.2008 (Az.: 7 C 50/07).

Zusammenhang inzwischen geänderten Sach- und Rechtslage erscheint es jedoch zunehmend möglich, dass es zu einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der betroffenen Unternehmen kommt. Vor diesem Hintergrund sollte geprüft werden, wie die bestehenden internen Rücklagen stückweise in einen öffentlich-rechtlichen Fond überführt werden können, damit die Rückstellungen insolvenz sicher angelegt sind. Als Vorbild hierfür könnte der öffentlich-rechtliche Fond zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung fungieren, der 2017⁶³ eingerichtet wurde.

11. Verbesserung der Beteiligung und Rechtsbehelfsmöglichkeiten bergbaubetroffener Dritter

a) Die Gewinnung von Bodenschätzen und andere Bergbautätigkeit geht regelmäßig mit Einwirkungen auf Rechtsgüter Dritter einher. Dabei können drei Fallgruppen unterschieden werden: Im Zuge der Durchführung bergbaulicher Vorhaben müssen Bergbauunternehmen regelmäßig (1) auf im Eigentum Dritter stehende Grundstücke Zugriff nehmen und/oder es kommt (2) in der Konsequenz der Abbautätigkeit zu Einwirkungen auf die Erdoberfläche, die durch Setzungen, Hebungen, Einstürzen oder in sonstiger Weise die Substanz von Grundstücken schädigen. Ferner können (3) mit der Durchführung bergbaulicher Tätigkeit mittelbare Auswirkungen einhergehen – insbesondere durch Immissionen oder auf anderen Wegen erfolgenden Schadstoffaustrag.

Soweit die Genehmigung von bergbaulichen Tätigkeiten nicht im BBergG spezialgesetzlich geregelt ist, gibt es im Hinblick auf die Rechte betroffener Dritter und der Öffentlichkeit sowie von Umweltvereinigungen keine Besonderheiten gegenüber anderen Vorhaben, die nach dem jeweiligen Fachrecht in den entsprechenden Verfahren zu prüfen sind. Dies gilt auch im Hinblick auf die Voraussetzungen und die Maßgaben der Inanspruchnahme gerichtlicher Verwaltungskontrolle. Diese sind jedenfalls für anerkannte Umweltvereinigungen durch Art. 11 UVP-Richtlinie und das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) – insbesondere nach Inkrafttreten des Gesetzesentwurfs zur Novellierung des UmwRG und anderer Gesetze am 02. Juni 2017⁶⁴ – gegenüber der früheren Rechtslage erheblich ausgeweitet worden; für in eigenen Rechten betroffene Personen gilt dies allerdings nur in Bezug auf bestimmte Fehler bei der Durchführung eines UVP-Verfahrens.

Diese Ausweitungen der Möglichkeiten anerkannter Umweltvereinigungen, eine gerichtliche Kontrolle von behördlichen Entscheidungen erwirken zu können, gilt auch gegenüber bergbaulichen Vorhaben, die unter das BBergG fallen. Genehmigungsentscheidungen, die

⁶³ Entsorgungsfondsgesetz (EntsorgFondsG) vom 27.01.2017 (BGBl. I S. 114, 1676), das durch Artikel 1 der Verordnung vom 16.06.2017 (BGBl. I S. 1672) geändert worden ist.

⁶⁴ Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BGBl. I 2017 vom 01.06.2017, S. 1298.

UVP-pflichtige Vorhaben betreffen, können von Umweltvereinigungen gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 4 S. 1 UmwRG einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle seitens der Verwaltungsgerichte zugeführt werden und von Seiten Drittbetroffener im Rahmen der Geltendmachung der Verletzung eigener Recht (sowie der Verletzung von Verfahrensfehlern). Dies betrifft im Geltungsbereich des BBergG allerdings nur Betriebsplanzulassungen, da nur diese unter den Begriff der „Zulassungsentscheidung“ i.S.v. § 2 Abs. 6 Nr. 1 Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) bzw. der „Genehmigung“ i.S.v. Art. 1 Abs. 2 UVP-RL fallen. Auch wenn die UVP grundsätzlich im Zuge des Verfahrens auf Zulassung des Rahmenbetriebsplanes durchgeführt wird, handelt es sich bei den weiteren Betriebsplanzulassungsentscheidungen gleichwohl um *„sonstige behördliche Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben, die in einem Verwaltungsverfahren getroffen werden, einschließlich des Vorbescheids, der Teilgenehmigung und anderer Teilzulassungen“* (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 UVPG).

Folgt man dem nicht, handelt es sich bei (jeglichen) Betriebsplanzulassungen jedenfalls i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG um „Verwaltungsakte [...], durch die andere als in den Nummern 1 bis 2b [des § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG] genannte Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften [...] zugelassen werden“.

Für den Individualrechtsschutz von durch Bergbauvorhaben in eigenen Rechten betroffenen Personen gilt nach den Vorschriften des BBergG bzw. deren rechtsfortbildender Auslegung in der Rechtsprechung, dass auf entsprechende Klagen eine gerichtliche Kontrolle der Betriebsplanzulassungsentscheidungen stattfindet. Wie weitgehend die gerichtliche Kontrolle welcher Betriebsplanzulassungsentscheidungen in unterschiedlichen Konstellationen der durch besondere Stufen geprägten Verfahren stattfindet, ist bislang allerdings nicht abschließend geklärt. Soweit die bergbauliche Tätigkeit mit schwerwiegenden Einwirkungen in die Substanz des Grundeigentums verbunden oder gar eine vollständige Inanspruchnahme beabsichtigt ist, findet Rechtsschutz bereits gegenüber Betriebsplanzulassungsentscheidungen statt. Umstritten ist, ob dies nur gegenüber Rahmen- oder auch gegenüber Hauptbetriebsplänen gilt. Inwieweit das Ergebnis des Betriebsplanverfahrens Rechtswirkung zu Lasten Dritter in Bezug auf ggf. nachfolgend erforderliche weitere Entscheidungen hat, ist in der Rechtsprechung ebenfalls noch nicht abschließend geklärt. Mangels entsprechender gesetzlicher Anordnung kommt jeglichen Betriebsplanzulassungen jedenfalls keine enteignungsrechtliche Vorwirkung zu. Somit findet insbesondere gegenüber Enteignungsentscheidungen (Grundabtretungen) eine vollumfängliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Vorhabens und auch dessen Erforderlichkeit in Abwägung mit den Integritäts- und Bewahrungsinteressen des Grundeigentümers und ggf. auch der Öffentlichkeit statt. Wie weitgehend die Belange von Grundeigentümern bereits im Zuge der Betriebsplanzulassungsentscheidungen berücksichtigt werden müssen und nach welchem Maßstab eine gerichtliche Kontrolle erfolgt, ist in Ermangelung klarer gesetzlicher Regelungen und der nur einzelfallbezogenen

Befassung seitens der Rechtsprechung weiterhin nicht abschließend geklärt. Inzwischen ist eine Situation eingetreten, in der nur über eine eingehende Kenntnis der aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung Fragen zum Rechtsschutz im Einzelfall beantwortet werden können.

Verbindliche, durchsetzbare Beteiligungsrechte bestehen für in ihren Rechten betroffene Personen und Umweltvereinigungen nur in sehr begrenztem Maße. Nur anerkannte Umweltvereinigungen können Rechtsschutz wegen der Vorenthaltung einer Beteiligung an einem erforderlichen Planfeststellungsverfahren beanspruchen. In Individualrechten Betroffene haben nach der gegenwärtigen Auslegung der Rechtslage seitens der Verwaltungsgerichte erst im Rahmen eines Enteignungsverfahrens Anspruch darauf, dass über die Freigabe der Durchführung bergbaulicher Tätigkeit, die eine Verletzung der Substanz des eigenen Grundstückes mit sich bringt, nur in gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren und nicht ohne die eigene Beteiligungsmöglichkeit entschieden wird. Die Rechtswidrigkeit einer Betriebsplanzulassung kann insofern nicht mit dem Argument unterbliebener Beteiligung geltend gemacht werden. Lediglich bei UVP-pflichtigen Betriebsplanzulassungen können Verfahrensfehler – insbesondere solche unzureichende Öffentlichkeitsbeteiligung – geltend gemacht werden (§ 4 UmwRG).

Jenseits der vorgenannten Verfahren bestehen keine Beteiligungsrechte für von Bergbauvorhaben betroffene Dritte und Umweltvereinigungen. Insbesondere besteht nach herrschender Meinung in der Literatur und gefestigter Rechtsprechung kein Recht auf Beteiligung am Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen. Eine Beteiligung an Betriebsplanzulassungsverfahren ist nur im Falle von dessen Verknüpfung mit der Prüfung der Umweltverträglichkeit sowie einer behördlichen Entscheidung zur Eröffnung einer Beteiligung nach § 48 Abs. 2 S. 3 BBergG⁶⁵ vorgesehen. Die Inanspruchnahme materiellen Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten ist hiervon grundsätzlich unabhängig.

Von den nur beschränkten Beteiligungsrechten der betroffenen Öffentlichkeit zu unterscheiden ist die Beteiligung von Gemeinden als Träger öffentlicher Belange. Als solche (insofern dann aber nicht Träger von eigenen Rechten) werden Gemeinden im Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen beteiligt, soweit diese nach Auffassung der Bergbehörde *„Aufgaben [zur] Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10“* hat (§ 15 BBergG). Gleiches gilt in Betriebsplanzulassungsverfahren soweit *„durch die in einem Betriebsplan vorgesehenen Maßnahmen der Aufgabenbereich anderer Behörden oder der Gemeinden als Planungsträger berührt [wird]“* (§ 54 Abs. 2 BBergG).

⁶⁵ „Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen, kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde den Plan auslegen, wenn voraussichtlich mehr als 300 Personen betroffen sind oder der Kreis der Betroffenen nicht abschließend bekannt ist.“

Die für eine Verbesserung der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in bergrechtlichen Verfahren abzugebenden Handlungsempfehlungen richten sich danach, in welcher Weise das gestufte Verfahren, welches bis zu einer Genehmigung von Abbautätigkeiten durchlaufen werden muss, insgesamt geändert werden soll. Die Einführung einer Pflicht zur Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit am Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen ist naturgemäß nur dann geboten, wenn diese nicht in das Betriebsplanzulassungsverfahren einkonzentriert wird. Folgt man dem nicht, so bedarf es auch dann keiner Einführung von Beteiligungsrechten am Berechtsamsverfahren, wenn künftig eindeutig gesetzlich klargestellt ist, dass der Erteilung einer Bergbauberechtigung keinerlei Bedeutung für die nachfolgenden bergrechtlichen und außerbergrechtlichen Entscheidungen hat, deren ein Abbauvorhaben bedarf. Nur wenn man – abweichend von den hiesigen Handlungsempfehlungen – die Bedeutung der Prüfung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen erhöhen wollte, wäre dann das diesbezügliche Verfahren konsequenter Weise um umfassende Pflichten zur Beteiligung der Öffentlichkeit einzuführen. Diese sollten dann entsprechend den Regelungen zur Betroffenen- und zur Öffentlichkeitsbeteiligung des VwVfG ausgestaltet werden.

Da diesseits vorgeschlagen wird, das Verfahren und die Voraussetzungen zur Erteilung von Genehmigungen zur Durchführung von Bergbauvorhaben zu ändern, wären dementsprechend auch die Beteiligungsrechte der betroffenen Öffentlichkeit hieran auszurichten. Es empfiehlt sich, die Öffentlichkeitsbeteiligung am Verfahren auf Genehmigung von Betriebsplanzulassungen entsprechend den allgemeinen diesbezüglichen Regelungen des VwVfG auszugestalten bzw. diese für anwendbar zu erklären. Allerdings sollte diese Beteiligung nicht nur am Verfahren auf Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans eröffnet sein. Vielmehr sollten Umweltvereinigungen und Eigentümer von betroffenen Grundstücken auch an den betreffenden weiteren Verfahren auf Erteilung von Betriebsplangenehmigungen beteiligt werden.

b) Auch im Hinblick auf den Zugang zu gerichtlicher Kontrolle gilt zunächst das zur Ausgestaltung von Beteiligungsrechten Gesagte entsprechend: Abhängig davon, wie die Entscheidungen über die Vergabe von Rechten zur Durchführung von Abbautätigkeiten ausgerichtet werden, folgt daraus ein Bedarf, dementsprechend der betroffenen Öffentlichkeit auch Zugang zu gerichtlicher Kontrolle zu eröffnen.

Sofern die Entscheidung über die Vergabe von Bergbauberechtigungen in die Betriebsplangenehmigung einkonzentriert wird, erledigt sich somit auch das andernfalls bestehende Bedürfnis, diese Vorabentscheidung bereits einer gerichtlichen Kontrolle zuführen zu können. Gleiches gilt für den Fall, dass die Vorabentscheidung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen zwar bestehen bleiben, indessen in ihrer Bedeutung im Hinblick auf die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Abbauvorhabens weiter reduziert werden soll. Nur wenn die rechtliche Bedeutung der Entscheidung über die Erteilung einer

Bergbauberechtigung vergrößert werden sollte, bedürfte es dann dementsprechend auch der Eröffnung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Verwaltungsentscheidung. Es müsste dann sichergestellt werden, dass diese soweit reicht, wie die Erteilung der Bergbauberechtigung für nachfolgende Verfahren beachtliche Rechtswirkungen entfaltet.

In Bezug auf die Genehmigung von Betriebsplänen bedarf es in Abhängigkeit von der jeweiligen Rechtswirkung einer Möglichkeit, diese gerichtlich überprüfen lassen zu können. Maßstab hierfür ist, ob die genehmigte Abbautätigkeit mit Auswirkungen auf Grundeigentumsrechte und andere geschützte Belange von Bürger und Gemeinden verbunden ist. Nach diesseitiger Auffassung können anerkannte Umweltvereinigungen nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG schon gegenwärtig jede Betriebsplanzulassungsentscheidung einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Dies folgt hilfsweise auch aus Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention. Soweit Zweifel daran bestehen, dass bereits gegenwärtig jede Betriebsplanzulassungsentscheidung auf Antrag einer anerkannten Umweltvereinigung Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung sein kann, wäre dies durch den Gesetzgeber nachzubessern, da dann ein Verstoß gegen völkerrechtliche Vorgaben zu besorgen wäre. Im Hinblick auf die Eigentümer von Grundstücken, die sich im Geltungsbereich eines genehmigten Betriebsplans befinden sowie der von den bergbaubedingten Auswirkungen benachbart betroffenen Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden sollte ebenfalls eine der behördlichen Entscheidung entsprechende Möglichkeit, diese gerichtlich überprüfen lassen zu können, eingeführt werden.

Die – vom Gesetzgeber unsystematisch in § 48 S. 2 UVPG „versteckte“ – Ausnahme von der in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG 2017 eingeführten Möglichkeit, Entscheidungen über SUP-pflichtige Pläne und Programme einer gerichtlichen Kontrolle zuführen zu können, dürfte gegen Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention verstoßen und sollte auch unabhängig hiervon durch Streichung des § 48 S. 2 UVPG abgeschafft werden. Es stellt eine erhebliche Beschränkung einer – letztlich im Interesse aller an Fragen der Realisierbarkeit eines Bergbauvorhabens interessierten Beteiligten zielführenden – Rechtmäßigkeitskontrolle eines Bergbauvorhabens dar, wenn auf raumplanerischer Ebene erfolgte Festlegungen erst inzident und nicht bereits unmittelbar gerichtlich überprüft werden können. Soweit im bergrechtlichen Betriebsplanzulassungsverfahren bei vorheriger Durchführung eines Braunkohlenplanverfahrens keine UVP-Pflichtigkeit bestehen sollen, führt § 48 S. 2 UVPG zudem zu einer offensichtlichen mit Art. 11 der UVP-Richtlinie unvereinbaren Entziehung des Umweltverbandsklagerechts.

12. Änderung der Vorschriften über die Grundabtretung (Enteignung)

Es ist geboten, die in § 79 BBergG geregelten Voraussetzungen der Grundabtretung, die vom BVerfG in seinem Urteil vom 17.12.2013 teilweise für verfassungsrechtlich zweifelhaft erkannt wurden, sowie die weiteren sich aus dem Urteil ergebenden Vorgaben des BVerfG aus der Entscheidung zu „Garzweiler II“ gesetzgeberisch umzusetzen. Im Zusammenhang mit § 79 Abs. 1 BBergG werden die Unbestimmtheit der gesetzlichen Voraussetzungen der Grundabtretung und konkreter die dort nur allgemein angeführten Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung von Grundabtretungen beanstandet. Als Konsequenz bietet sich eine Anpassung des Gesetzestexts an. Zunächst sollte die nach der „Garzweiler II“-Entscheidung gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG geforderte verstärkte Berücksichtigung der Belange des Grundeigentümers gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Bergbauunternehmens und dem volkswirtschaftlichen Interesse am Rohstoff schon aus Gründen der Klarstellung und Rechtssicherheit kodifiziert werden.

Das BVerfG hat hervorgehoben, dass eine Enteignung nur dann im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG zum Wohle der Allgemeinheit erfolge, wenn das Vorhaben, zu dessen Verwirklichung es der Enteignung bedarf, seinerseits dem Gemeinwohl dient. Zu den in die Gesamtabwägung einzustellenden gewichtigen öffentlichen Belangen zählen nach dem Urteil auch solche des Landschaftsschutzes, des Denkmalschutzes, der Wasserwirtschaft, der Raumordnung oder des Städtebaus. Diese öffentlichen Belange sollten in einen novellierten Normtext integriert werden. Daneben bietet sich auch die Aufnahme sonstiger, nicht weniger gewichtiger ökologischer Aspekte des Abbaus in die zu berücksichtigenden Interessen an, also etwa der zu erwartende ökologische Schaden des Vorhabens, sowie der Einsatz und die etwaige Knappheit der zu gewinnenden Rohstoffe.

Die in § 79 Abs. 1 S. 1 BBergG aufgeführten Enteignungszwecke „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der Lagerstätten“ und „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau“ sowie „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur“, die nach den Feststellungen des BVerfG mit Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar sind, sollten im Zuge einer Novellierung der Norm gestrichen werden.

Schließlich sollte – ebenfalls in der Konsequenz der entsprechenden Klarstellungen des BVerfG – gesetzlich fixiert werden, dass aus der Abwägungsentscheidung im Zuge der Rahmenbetriebsplanzulassung keine förmliche Bindungswirkung im Sinne einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung folgt.

Zudem ist es geboten, die Regelungen zur Entschädigung von Eigentümern von zu Wohn- oder Betriebszwecken genutzten Grundstücken dahingehend zu überarbeiten, dass sich deren Höhe an dem Betrag ausrichtet, der zur Beschaffung entsprechender Ersatzimmobilien erforderlich ist. Bemessungsgrundlage dafür sollte nicht (mehr) der Verkehrswert, sondern

der Beschaffungswert ohne Vornahme eines Abzuges von etwaigen Vermögensvorteilen, die sich aus einer Entschädigung im Sinne von „neu für alt“ ergeben.⁶⁶ Dergleichen wird gegenwärtig – in unterschiedlicher Ausprägung – auf freiwilliger Grundlage bzw. im Ergebnis von zwischen dem Bergbautreibenden und der Landesregierung bzw. den Standortgemeinden geschlossenen Vereinbarungen praktiziert. Weder für den Abschluss einer solchen Vereinbarung noch deren Inhalt existieren indessen rechtserhebliche Regelungen. Entschädigung oberhalb des Verkehrswertes bzw. jenseits der anderweitigen gesetzlichen Regelungen hängen somit maßgeblich von der „Philosophie“ des jeweiligen Bergbauunternehmens ab. Die gesetzlichen Regelungen zur Entschädigung von Menschen, die im Abbaubereich leben, berücksichtigen nicht die Besonderheiten, die sich aus den existenziellen Betroffenheiten und dem drohenden Verlust des gesamten Lebensumfeldes ergeben. Weiterhin bedarf es Regelungen zum finanziellen Ausgleich von Aufwendungen, welche die Enteignungsbetroffenen bereits aufgrund der drohenden Enteignung in finanzieller und (Geldwert ausgleichender) zeitlicher Hinsicht zum Zwecke der Verhinderung oder Verminderung von Nachteilen leisten mussten. Grund hierfür ist die existenzielle Betroffenheit von durch Abbauvorhaben ihren Grundbesitz verlierenden Bürgern, mit Charakter eines Sonderopfers ggü. der Allgemeinheit. Ihnen soll eine Neuverschuldung in Folge der Grundabtretung nicht zugemutet werden. Es ist geboten, die auf Seiten der Betroffenen entstehenden Nachteile durch das den Vorteil aus der Vorhabendurchführung ziehende Bergbauunternehmen in jeglicher Hinsicht vollumfänglich auszugleichen und hierdurch ggf. (zwangsläufig, unbeabsichtigt) eintretenden Vermögenszuwachs nicht in Abzug zu bringen.

Zusammengefasst ergibt sich folgender Änderungsbedarf:

- Streichung der Enteignungszwecke „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der Lagerstätten“, „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau“ sowie „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur“
- Integration der demgegenüber in die Abwägung einzustellenden öffentlichen Belange „Landschaftsschutz“, „Denkmalschutz“, „Wasserwirtschaft“, „Raumordnung“ und „Städtebau“; sowie der Belange „zu erwartender ökologischer Schaden des Vorhabens“ und „Einsatz und etwaige Knappheit der zu gewinnenden Rohstoffe“,
- Klarstellende Integration des in die Abwägung einzustellenden privaten Belangs „Interesse des Eigentümers am Erhalt seines Eigentums am Grundstück“,
- Verbesserung der Entschädigung enteignungsbetroffener Eigentümer.

⁶⁶ Dies ist bei Umsiedelungen aufgrund von Braunkohletagebauen in der Praxis bereits üblich.

13. Haftung für Schäden / Ausweitung Bergschadensvermutung

Jenseits der im Verwaltungsverfahren bzw. verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu entscheidenden bzw. zu überprüfenden Genehmigung oder Freigabe bergbaulicher Tätigkeiten bestehen in Bezug auf den Ersatz von bergbauveranlassten Schäden Sonderregelungen, die im Streitfall vor den Zivilgerichten zu beachten sind. Solche Schäden beruhen regelmäßig auf mit dem Abbaubetrieb einhergehenden Erschütterungen, Senkungen und Pressungen an der Oberfläche. Relevant sind insbesondere die Folgen entstandener Hohlräume sowie Anhebungen infolge eines Wiederanstiegs von abgepumptem Grundwasser nach der Einstellung einer betrieblichen Wasserhaltung. Die hierdurch verursachten Schädigungen werden nach der Legaldefinition in § 114 BBergG als „Bergschäden“ bezeichnet.

Die Haftungsregelungen des Bergschadensrechts orientieren sich grundsätzlich an anderen Regelungen zur Gefährdungshaftung und verweisen in weiten Teilen grundsätzlich auf die Regelungen des Bürgerlichen Rechts. Das Herzstück der bergrechtlichen Haftungsregelungen ist die Beweiserleichterung des § 120 BBergG, die sogenannte „Bergschadensvermutung“. Vor dem Hintergrund, dass der Kausalzusammenhang zwischen eingetretenem Schaden und dem Bergbaubetrieb oft nicht bewiesen werden kann, erleichtert sie die Nachweisführung des Geschädigten. Die Regelung ist als gesetzlicher Fall des Anscheinsbeweises in der Gestalt einer Kausalitätsvermutung ausgestaltet. Der Bergbaubetrieb kann diese jedoch entkräften, wenn er alternative Tatsachen behauptet und beweist, aus denen sich die ernstliche Möglichkeit eines alternativen Geschehensablaufs im Sinne des § 120 S. 2 BBergG ergibt.

Die Bergschadensvermutung gilt jedoch nicht bei Tagebaubetrieben, obwohl gerade die übertägige Braunkohlegewinnung, die insbesondere durch großflächige Grundwasserabsenkungen oder Erschütterungen schadenswirksame Bodenbewegungen an der Tagesoberfläche im Umfeld der Betriebe verursachen können.⁶⁷ Dies gilt entsprechend für die außerhalb des BBergG geregelten Grundeigentümergebäude, speziell bei Steinbrüchen, bei denen mit immissionsschutzrechtlich genehmigten Sprengungen gearbeitet wird. Eine Ausweitung der Bergschadensvermutung – insbesondere auf Tagebaubetriebe – steht seit geraumer Zeit zur Diskussion.⁶⁸

⁶⁷ Vgl. hierzu auch Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.14; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.15 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927. Vgl. auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 09.05.2012, BT-Drs. 17/9560.

⁶⁸ Vgl. hierzu nur Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.2014; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.2015 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie die Antwort der Bundesregierung vom 20.03.2017 zu der Entschließung im Zusammenhang mit der

Die Forderung der Ausweitung der Haftung der Unternehmen bzw. der Beweislastleichterungen für Betroffene begründet sich insbesondere mit Blick auf geologischen Anomalien und hydraulisch wirksamen Störlinien innerhalb des Grundwasserabsenkungsbereichs, welche durch bergbauliche Tätigkeit aktiviert werden kann: Zwar treten durch den Betrieb von Braunkohletagebauen in der Regel keine Bergschäden auf. Jedoch ist für einen sicheren Betrieb von tiefen Braunkohletagebauen eine Absenkung des Grundwasserniveaus im Bereich und Umfeld dieser übertägigen Gewinnungsbetriebe erforderlich, die in besonderen Fällen zu schadenswirksamen Bodenbewegungen führen kann. Infolge dieser Grundwasserabsenkung treten in einem begrenzten Bereich gleichmäßige Bodenbewegungen auf, die grundsätzlich kaum schadensrelevant sind. Im Bereich von geologischen Anomalien (Auebereiche usw.) und hydraulisch wirksamen Störungen im Untergrund innerhalb des Einflussbereiches der Grundwasserabsenkung ist aber ein ungleichmäßiges Setzungsverhalten und damit das Auftreten von zum Teil erheblichen Bergschäden möglich. Gleiches kann auch für große Tagebaubetriebe gelten, die andere Bodenschätze gewinnen.⁶⁹

Die Nachweisführung eines Bergschadens durch den Geschädigten in diesen Bereichen ist in der Regel weitaus schwieriger als im Einwirkungsbereich des untertägigen Bergbaus, da zum einen sehr komplexe unterirdische Vorgänge einen Bergschaden verursachen und zum anderen eine Vielzahl detaillierter Informationen u.a. des Bergbauunternehmers bei der Ermittlung der Schadensursache benötigt werden. Daher sollte Schadensbetroffenen im Bereich von Tagebaubetrieben, soweit damit schadenswirksame Bodenbewegungen im Umfeld der Tagebaubetriebe insbesondere durch großflächige Grundwasserabsenkungen oder Erschütterungen verbunden sind, die gleiche Rechtsposition verschafft werden wie Schadensbetroffenen im Einwirkungsbereich der anderen Bergbautätigkeiten. Die Ausweitung der Beweiserleichterungen ist aus Gründen der Gleichbehandlung konsequent und notwendig.⁷⁰

Da nicht zu rechtfertigen ist, die Bergschadensvermutung im BBergG nicht auch in Bezug auf den Abbau von Bodenschätzen im Tagebaue auszuweiten, sollte dies entsprechend geändert werden.

Hinsichtlich der Festlegung des Einwirkungsbereichs könnte in diesem Zusammenhang in der Einwirkungsbereichs-Bergverordnung geregelt werden, dass er insbesondere dann gilt, wenn sich der Boden um mehr als [X] cm gesenkt hat.

Zustimmung zum Gesetz zur Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf den Bohrlochbergbau und Kavernen (BR-Drs. 354/16 (Beschluss)) vom 08.07.2016 sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927. Vgl. auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 09.05.2012, BT-Drs. 17/9560.

⁶⁹ Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 2.

⁷⁰ Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 3.

Weiterhin sollten die durch einen Wiederanstieg des Grundwassers nach bergbaubedingter Absenkung des Grundwasserpegels entstehenden Schäden ebenfalls einbezogen werden.

14. Außerbergrechtliches Abbaurecht

Die sog. Grundeigentümergebilde wie Kiese und Sande stehen außerhalb des Anwendungsbereichs des Bergrechts. Ihre Abgrabung unterliegt landesrechtlichen Regelungen, die eine große Variationsbreite aufweisen. Das Abgrabungsrecht wird in wenigen Ländern wie Nordrhein-Westfalen und Bayern durch spezifische Abgrabungsgesetze geregelt, in Brandenburg gibt es dazu eine auf dem Bauordnungsrecht fußende Rechtsverordnung, in Niedersachsen ist das Abgrabungsrecht im Landesnaturschutzgesetz normiert. Teilweise haben die Genehmigungsvorschriften in den spezifischen Abgrabungsvorschriften eine Konzentrationswirkung (so in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen), teilweise nicht (so in Bayern). In anderen Ländern sind die Anforderungen an die Genehmigungserteilung sehr detailliert (so etwa in Brandenburg), teilweise eher oberflächlich geregelt (so in Bayern). Im Übrigen kommen Vorschriften des Naturschutz-, Wasser-, Immissionsschutz-, Bau- oder Forstrechts zur Anwendung.

Diese höchst unterschiedliche Rechtslage in den verschiedenen Bundesländern macht das Abgrabungsrecht unübersichtlich und ähnelt in dieser Hinsicht der „großen Schwester“ des Bergrechts. Hinter der bloßen Unübersichtlichkeit verbirgt sich aber auch eine potenziell unterschiedliche Berücksichtigung ökologischer Belange in den Genehmigungsverfahren. Manche Regelungen wie etwa in Niedersachsen oder Brandenburg legen durch ihre detaillierten (Umwelt-)Anforderungen eine stärkere Berücksichtigung dieser Belange nahe als andere. Ob dies in der Praxis dann auch so umgesetzt wird, steht auf einem anderen Blatt und lässt sich ohne empirische Prüfung nicht abschätzen.

Eine mögliche Schlussfolgerung aus dieser jedenfalls theoretisch für den Umweltschutz defizitären Rechtslage ist eine stärkere Vereinheitlichung des Abgrabungsrechts im weiteren Sinne auf hohem Niveau. Dies könnte durch ein eigenes Abgrabungsgesetz des Bundes⁷¹ oder durch eine Harmonisierung der Länderregelungen erfolgen, aber auch durch eine Aufnahme der Grundeigentümergebilde in das BBergG.

Für Abgrabungen von Grundeigentümergebildern ist darüber hinaus das Wasserrecht von Bedeutung. Hierbei geht es nicht um die Gewinnung von Wasser, denn Wasser ist nach § 3 Abs. 1 BBergG vom Bodenschatzbegriff ausgenommen. Vielmehr spielt das Wasserrecht

⁷¹ S. bereits den entspr. unveröff. „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 mit einem „Bundesrohstoffgesetz (BRG)“ im Auftrag des Bundesverbands Steine und Erden (bbs), der auf Überlegungen von Prof. Dr. iur. Franz Knöpfle beruhte.

wegen der möglichen Gefährdung von Grund- und Oberflächenwasser durch Abgrabungen eine Rolle. Wasserrechtliche Gestattungen sind von der Konzentrationswirkung anderer Verfahren wie nach dem AbgrG NRW ausgenommen, so dass sog. echte und unechte Gewässerbenutzungen einer Erlaubnis, Bewilligung oder, im Falle eines Gewässerausbaus, auch einer Planfeststellung nach dem WHG sowie den Landeswassergesetzen bedürfen. Nach § 12 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) kommt es u.a. darauf an, ob durch die Abgrabung schädliche Gewässerveränderungen zu erwarten sind. Hier ist nicht eindeutig, ob im Zusammenhang mit solchen Veränderungen für die Beurteilung des Allgemeinwohls auch andere als wasserwirtschaftliche Belange relevant sein können, oder ob diese Belange im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens nach § 6 WHG zu berücksichtigen sind. Für die Frage, ob die Gewässerbewirtschaftung dem Wohl der Allgemeinheit dient, können Vorfestlegungen durch verbindliche Ziele der Raumordnung eine Rolle spielen. Zu den Allgemeinwohlbelangen kann auch das Interesse an der Nutzung von Bodenschätzen zählen. Grundlegende Defizite im Hinblick auf die Nutzung von Grundeigentümergebieten durch Abbauvorhaben sind allerdings aus Sicht des Wasserrechts nicht erkennbar. Insbesondere ökologische Belange genießen durch das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessen einen hohen Stellenwert.

Für das Immissionsschutzrecht ist zwischen genehmigungsbedürftigen und nicht-genehmigungsbedürftigen Anlagen zu unterscheiden. Bestimmte Abgrabungsvorhaben wie Steinbrüche mit einer Abbaufäche von 10 ha und mehr sind nach der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig. Gleiches gilt für mit der eigentlichen Abgrabung im Zusammenhang stehende Anlagen, z.B. solche zum Brennen der gewonnenen Bodenschätze. Hier kann grundsätzlich der Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als gebundene Entscheidung kritisiert werden, weil damit z.B. keine Alternativprüfung verlangt werden kann. Eine Ausgestaltung in Form einer planerischen Entscheidung mit behördlichem Abwägungsspielraum könnte die Prüfungsbreite erhöhen. Allerdings bietet der Erlass von Nebenbestimmungen nach § 12 BImSchG insoweit einige Korrekturmöglichkeiten im Hinblick auf die Berücksichtigung von Umweltbelangen bei Abgrabungsvorhaben.

Für den Abbau von Grundeigentümergebieten spielt ferner das Baurecht eine erhebliche Rolle, namentlich in den Ländern, die über kein spezifisches Abgrabungsrecht verfügen. Hier ist zunächst auf die oben geäußerte Kritik bzgl. der Zersplitterung des Rechts des Abbaus von Grundeigentümergebieten zurückzukommen. Ein eigenständiges Abgrabungsrecht könnte zu einer klareren Rechtslage beitragen und auch die Anwendung des Baurechts auf bestimmte Regelungen beschränken, während die eigentlichen Abgrabungsregelungen in Spezialgesetzen aufgenommen würden. Zurzeit stellt sich die Rechtslage aber so dar, dass Abgrabungsvorhaben in vielen Ländern baugenehmigungspflichtig sind. Auch insoweit sind die Regelungen in den Landesbauordnungen unterschiedlich und lassen keine einheitliche Linie bei den Landesregelungen erkennen. Eine einheitliche bundesrechtliche Regelung für Abgrabungen

könnte Abhilfe schaffen. Hierdurch könnte auch das teilweise festzustellende Auseinanderfallen von Zuständigkeit und Sachkompetenz bei der Genehmigung von Abgrabungen vermieden werden.

Bauplanungsrechtlich ist vor allem § 35 BauGB relevant, da Abgrabungen meist im Außenbereich durchgeführt werden. Sie sind in der Regel auch als privilegierte Vorhaben anzusehen, etwa nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB wegen der besonderen Anforderungen an die Umgebung. Diese Privilegierung verleiht ihnen nach der Rechtsprechung gegenüber Umweltbelangen einen höheren Stellenwert. So soll insbesondere Umweltbelangen, die nur für die Dauer der Abgrabung, aber nicht mehr nach stattgefundener Rekultivierung, betroffen sind, geringeres Gewicht zuzumessen sein. Diese Rechtsprechung berücksichtigt unter anderem nicht genügend, dass Abgrabungen sich über etliche Jahrzehnte hinziehen können.

Für das Naturschutzrecht ist bei Abgrabungen das auch für andere Bereiche bekannte Problem festzustellen, dass nach der „Huckepackregelung“ des § 17 BNatSchG in der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Eingriffs bei der jeweiligen Genehmigungsbehörde liegt, während die Naturschutzbehörde nur ein Benehmensrecht hat. Anders ist die Rechtslage z.B. in Niedersachsen, wo die Naturschutzbehörde aufgrund des Landesnaturschutzgesetzes für die Entscheidung über den Bodenabbau zuständig ist.

Eine Ausweitung des bergrechtlichen Anwendungsbereichs auf die Grundeigentümergebäude würde z.B. Kalkstein, Torf, Lehm, Gips, Sand und Kies sowie – soweit sie nicht die in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG genannten Merkmale aufweisen und deshalb bereits von dem Rechtsregime des BBergG erfasst sind⁷² – Ton, Quarz/ Quarzit und alle sonstigen Gesteine und Erden betreffen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für eine beabsichtigte Aufnahme der Grundeigentümergebäude in das BBergG ergibt sich aus Art. 74 Nr. 11 GG. Nach dem Klammerzusatz in dieser Kompetenznorm steht dem Bund insbesondere die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Bergbau zu. Nach der gebotenen weiten Auslegung zählt hierzu nicht nur der untertägige Abbau von Bodenschätzen, sondern generell das Aufsuchen und Gewinnen von Mineralien und Gesteinen, einschließlich von Kiesen und Sanden im Übertagebau.⁷³ Dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz für die Grundeigentümergebäude keinen Gebrauch gemacht hat, hat daher keine kompetenziellen, sondern andere, vorwiegend politische Gründe.⁷⁴

⁷² Nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG fallen etwa Quarz und Quarzit nur zu einem geringen Teil unter die grundeigenen Bodenschätze, nämlich soweit diese sich zur Herstellung von feuerfesten Erzeugnissen oder Ferrosilizium eignen.

⁷³ Maunz/Dürig/Maunz, GG Art. 74 Rn. 136, beck-online; s. auch die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 (oben Fn. 947), S. 3.

⁷⁴ Vgl. Vitzthum/Piensch, in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81.

Es gibt eine Reihe von Argumenten, die für und gegen eine solche Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG sprechen.⁷⁵ Für eine Neuordnung der Rohstoffkategorien haben sich *Vitzthum/Piens* ausgesprochen:

„De lege ferenda hätte mit dem-RechtsbereinigungsG von 1996 eine bundesrechtliche Chance bestanden, die genehmigungs- und eigentumsrechtliche Gleichbehandlung aller Bodenschätze herbeizuführen, wie das der erste RegE des BBergG von 1975 bereits vorgesehen hatte und wie es bis 1996 in den neuen Bundesländern mit gutem Erfolg praktiziert worden war. Diese Rechtsvereinheitlichung ist jedoch nicht erfolgt, sodass die bekannten Problemfelder insbesondere der **unterschiedlichen Zuordnung der Bodenschätze weiterbestehen:**

- die nicht mehr sinnvoll erscheinenden diffizilen Unterschiede zwischen Normal- und Spezialton, zwischen Normal- und Quarzsand sowie bei Basalt,
- die infolge des Verbrauchs und umweltrechtlicher Standortsschwierigkeiten erschwerte Zugänglichkeit aller Lagerstätten und die dadurch prekär gewordene Anhängigkeit der Bauindustrie von der Bodenschätzegewinnung,
- die damit gleichzeitig verstärkt in den Blick rückende volkswirtschaftliche Bedeutung auch der bislang nicht bergrechtlichen Bodenschätze,
- die unterschiedslose Behandlung aller Bodenschätze in der Raumordnung, Landes- und Bauleitplanung,
- die durch eine Rechtsvereinheitlichung zumindest indizierte Vereinheitlichung von Behördenkompetenzen für alle Gewinnungsvorhaben. [...]“⁷⁶.

Hieran anknüpfend, sprechen folgende, insbesondere auch Aspekte des Umweltschutzes, für eine Rechtsvereinheitlichung auf Bundesebene:

- Wie beschrieben ist eine erhebliche Rechtszersplitterung zwischen den Ländern festzustellen,⁷⁷ die tendenziell den Ländern einen gewissen Freiraum für eine schwächere Berücksichtigung ökologischer Belange gibt. Eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Abbauregimes könnte daher nicht nur die Transparenz fördern,

⁷⁵ Vgl. allgemein *Fleckenstein* (1997): Langfristige Sicherung des Rohstoffabbaus. Können regionale Planungen das Bergrecht ersetzen? Raumforschung und Raumordnung (RuR) Vol. 55, No. 3 (1997), S. 176 ff.

⁷⁶ Für eine Rechtsvereinheitlichung im Verhältnis Abgrabung – Bergrecht und Konzentrationswirkungen sprechen sich auch *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81 aus.

⁷⁷ S. auch die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 (oben Fn. 73), S. 3: „Eine durchgängige wirksame Regelung der Versorgung der Wirtschaft mit mineralischen Rohstoffen bedarf im Hinblick auf die zu wahrende Rechts- und Wirtschaftseinheit im ganzen Bundesgebiet einer einheitlichen, länderübergreifenden Regelung. Ein bundeseinheitliches Zulassungsverfahren ist auch erforderlich, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Zudem bestünde sonst die Gefahr einer Zersplitterung rechtlicher Regelungszusammenhänge, die es dem Bürger erschweren würde, sich in zumutbarer Weise in dem jeweils zu beachtenden Recht zu orientieren.“

sondern – eine entsprechende Bundesregelung mit einem hohen Umweltschutzstandard vorausgesetzt – auch die Stellung ökologischer Belange in den Abbauverfahren generell stärken.

- Vom Umfang her geht es insbesondere bei Kiesen und Sanden um wesentliche Rohstoffe. So sind Bausande mit 247 Mio. t die bedeutendsten mineralischen Rohstoffe mit einem Anteil von weit über einem Drittel an der inländischen Rohstoffproduktion.⁷⁸ Damit unterfallen gerade die quantitativ wichtigsten Bodenschätze nicht dem Anwendungsbereich des für den Rohstoffabbau spezialisierten Gesetzes.
- Das Bergrecht ist in der Nachsteuerung dynamischer. Z.B. erfolgt durch regelmäßig zu überprüfende Hauptbetriebspläne eine fortlaufende Kontrolle der Einhaltung auch von Vorgaben des Umweltschutzes. Einfache Genehmigungen für den Sand- und Kiesabbau nach Landesrecht, auch wenn diese ggf. UVP-pflichtig sind, gelten dagegen für Jahrzehnte, ohne dass eine solche gesetzlich angeordnete Nachsteuerung vorgeschrieben wäre.
- Im Rahmen des Forschungsvorhabens durchgeführte Interviews haben gezeigt, dass Landratsämter o.ä., die regelmäßig für die Genehmigung des Abbaus der Grundeigentümerbodenschätze zuständig sind, die zuständigen Behörden auf Landesebene teilweise nicht beteiligen. Dies gilt insbesondere für den Staatlichen Geologischen Dienst in den jeweiligen Ländern. So wurde beispielsweise berichtet, dass in jahrzehntelanger Arbeit nicht einmal eine solche Beteiligung stattgefunden habe.
- Es findet eine Konzentration bei den Behörden statt, die sich am besten mit dem Abbau von Bodenschätzen auskennen. Dies ist regelmäßig die Bergbehörde des Landes, die dann auch die obere oder oberste Wasserbehörde etc. beteiligt. Beim Abgrabungsrecht findet alles auf der Stufe der unteren Behörden statt – d.h. oft faktisch innerhalb eines Landratsamts. Diese regionalen Behörden können oft nicht genügend spezialisiertes Personal vorhalten und sind daher nicht genügend leistungsfähig.
- Auf kommunaler Ebene kann der politische Einfluss gegenüber Investoren vor Ort recht groß sein, wodurch ein ökonomisch begründeter Druck auf Abbauvorhaben erzeugt werden kann. Dies kann sich negativ auf die Berücksichtigung ökologischer Belange auswirken, indem diese gegenüber anderen, etwa regionalen Arbeitsmarktargumenten, zurückgesetzt werden. Eine Verlagerung der Zuständigkeit

⁷⁸ BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2016, 2017, S. 15.

auf eine höhere behördliche Ebene in den Ländern könnte, eine ambitionierte bundeseinheitliche Regelung vorausgesetzt, zu einer stärkeren Berücksichtigung des Naturschutzes oder anderer ökologischer Belange führen.

- Zudem wäre die Vergleichbarkeit mit Vorhaben in anderen Ländern verbessert, so dass Best-Practice-Modelle aus anderen Bundesländern leichter herangezogen werden könnten. Z.B. könnten Naturschutzverbände ihre Stellungnahmen besser begründen.

An Argumenten gegen eine Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG werden insbesondere folgende Aspekte genannt:

- Nicht vom Bundesberggesetz erfassten Bodenschätze seien nach der bestehenden Rechtslage ausreichend geschützt; insbesondere können die Festlegungen einer raumordnerischen Bedarfsplanung im Rahmen der Vorhabengenehmigung in geeigneter Weise umgesetzt werden. Daher besteht kein Grund, sie in das Bundesberggesetz aufzunehmen, in dem in der geltenden Fassung die Umsetzung der Bedarfsplanung weniger gut möglich wäre.⁷⁹ Damit könnte eine Bedarfsplanung für Kiese und Sande bei Aufnahme in das Bergrecht problematisch sein. Würde aber eine Bedarfsplanung über die Raumordnung normiert, erfasste sie auch Grundeigentümerbodenschätze. Denn die Ziele der Raumordnung gelten unabhängig davon, nach welchen Gesetzen – ob Bundes- oder Landesgesetze – eine Materie geregelt ist. Auch ist nach der Änderung des § 48 Abs. 2 BBergG ausdrücklich geklärt, dass Ziele der Raumordnung bei der Prüfung hinsichtlich einer Beschränkung oder Untersagung eines Vorhabens zu beachten sind. Die Frage der Anwendbarkeit der Raumordnung spricht daher nicht gegen eine bundeseinheitliche Regelung der Grundeigentümerbodenschätze.
- Wie dargelegt, ist das geltende Bergrecht im Hinblick auf die Berücksichtigung ökologischer Belange verbesserungswürdig. Gegen eine Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG könnte daher sprechen, dass im Verhältnis jedenfalls zu dem einen oder anderen Landesabgrabungsrecht eine Verschlechterung eintreten könnte. So ist das Recht bzgl. der Sicherheitsleistung in einigen Landesgesetzen besser und detaillierter ausgestaltet als im Bergrecht. Es ist allerdings nicht eindeutig, ob die Praxis nach dem Landes- und dem Bundesrecht sich insoweit tatsächlich unterscheidet. Nach den durchgeführten Interviews scheint es keine großen Unterschiede in der Praxis zu geben. Jedenfalls wäre eine Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG aus Sicht des Umweltschutzes nur für

⁷⁹ *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 103.

ein entsprechend aktualisiertes Bundesrecht sinnvoll. Eine derartige Reform müsste daher Hand in Hand mit der oben vorgeschlagenen Ausgestaltung des BBergG gehen.

- Als weiteres Argument kann angeführt werden, dass die Gemeinden ein ihnen bisher zustehendes Korrektiv verlieren würden. Sie haben bisher die Möglichkeit, über die gemeindliche Bauleitplanung (§§ 30 bis 36 BauGB) sowohl Trockenaus Kiesungen als auch die gem. § 68 Abs. 1 WHG i.V.m. den jeweiligen Landeswassergesetzen planfeststellungsbedürftigen Projekte der Nassaus Kiesung (Vorhaben nicht überörtlicher Bedeutung) zu steuern.⁸⁰ Verweigern die Gemeinden bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzung des § 35 BauGB gem. § 36 BauGB ihr Einvernehmen, darf das Abbauvorhaben nicht realisiert werden.⁸¹ Eine solche gemeindliche Einvernehmenspflicht gilt aber nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB nicht für Vorhaben, die der Bergaufsicht unterliegen.⁸² Andererseits wurde oben bereits ausgeführt, dass auf gemeindlicher Ebene häufig kommunale oder regionale ökonomische Interessen zugunsten eines Abbauvorhabens ausschlaggebend sein können. Es ist daher zweifelhaft, ob das Einvernehmen nach § 36 BauGB in der Praxis als Korrektiv im Sinne des Umweltschutzes tatsächlich eine Rolle spielt. Unabhängig davon sollte der Halbsatz in § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB, der die der Bergaufsicht unterliegenden Verfahren gegenüber allen anderen Verfahren privilegiert, gestrichen werden.

Letztlich sprechen überwiegende Argumente dafür, die Grundeigentümergebühren unter die Ägide eines – dann allerdings auch im Sinne des Umweltschutzes weiterentwickelten – Bergrechts fallen zu lassen. Aspekte wie die höhere Transparenz und bessere Vergleichbarkeit angesichts diverser relativ undurchschaubarer Landesregelungen lassen diesen Schluss zu. Es bleibt letztlich kaum vermittelbar, warum ausgerechnet Kies und Sande, die den größten Anteil an den geförderten Gebühren ausmachen, nicht unter das Bergrecht fallen.

Im Ergebnis sollten die Grundeigentümergebühren wie z.B. Kalkstein, Torf, Lehm, Gips, Sand und Kies sowie – soweit sie nicht die in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG genannten Merkmale aufweisen – Ton, Quarz/ Quarzit und alle sonstigen Gesteine und Erden werden in den Anwendungsbereich des BBergG als grundeigene Gebühren aufgenommen werden.

⁸⁰ Nach einem aktuellen Urteil des OVG des Saarlandes, Urteil vom 24.05.2018 – 2 A 551/17 –, juris ergibt sich aus dem Erfordernis der Durchführung eines Raumordnungsverfahrens eine Indizwirkung für das Vorliegen einer überörtlichen Bedeutung. Dies hat zur Folge, dass § 38 BauGB greift und § 36 BauGB – und damit das Einvernehmen der Gemeinde – keine Rolle spielt.

⁸¹ Siehe zum Einvernehmen: *Piens*, in *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang, Rn. 68 f.

⁸² *Piens*, in *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang, Rn. 15, 69. nach der Rechtsprechung des BVerwG, Urteil vom 28.09.2016 – 7 C 18/15 –, juris, Rn. 20 ist die „Ausnahme vom Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens [...] aber in einschränkender Auslegung nur auf solche Vorhaben zu beziehen, über deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung entschieden wird.“